J. germ.
6 n

Archiv

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Fünfundvierzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1850.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Achtunddreißigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1850.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGLA

Digitized by Google

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Seite.

Anwalts-Gebühren. Honorar für den Advokaten. Verjährung . 155
Armenpflege. Verpflichtung dazu Seitens der Gemeinde . . . 147
Banquier. Zinsen. Provision. Bürge 240
Bauholzberechtigung. Abbrennen des Hauses. Beweis der culpa. Assecuranz 6
Berufung. Appellabler Gegenstand. Erbqualität 193
Berufungs-Akt. Widerruf des ersten, Verspätung des zweiten. Bezeichnung des Berufungs-Aktes bei der Beförderung zur Rolle. Wahrung der Berufungsfrist in einer, einen untheilbaren Gegenstand betreffenden Sache 71
Bürgschaft. Handelsgericht. Competenz. 216
Collokation. Präkluſion. Löschungs-Ordonnanz. Hypothekenrecht 217
Communal-Förster. Dienstentlassung. Pensions-Ansprüche. Verwaltungsbehörden. Competenz 95
Condictio indebiti. Ansteigerer. Gläubiger 111
Curator eines vacanten Nachlasses. Gläubiger. Actio Pauliana. Simulation. Zeugenbeweis 186
Dienstvertrag. Salair. Handlungsgehülfe. Reisender. Prokuraführer. Verjährung 212
Domicil. Wahl des Domicils. Domicilirter Wechsel. Zustellung des Urtheils und Zahlungsbefehls 53
Ehe. Eheconsens. Ehrerbietungsact. Vollmacht 168
Eheversprechen. Klage auf Vollziehung, auf Schadenersatz . . 84
Einfache Benefizien. Eigenthum. Kirchenfabriken. Religiöse Verrichtungen. Vergütung. Diözesan-Reglement. Bischof. General-Vikariat 78
Elterliche Theilung. Kaufgeschäft. Zinsen des Kaufpreises resp. der Erbrate 199

Digitized by Google

Seite.
Erbpachtsrente. Verjährung. Zeugenbeweis. Ausstellung eines neuen Titels 249
Expropriation. Kosten 221
Falliment. Concordat. Homologation 176
Falliment. Concordat. Nebenversprechen. Einspruch 178
Fallimentsurtheil. Provisorische Vollstreckbarkeit. Versiegelung. Agent. Entsiegelung der Handelsbücher. Refere-Verfahren . 18
Falliment. Waare en route. Revindication 151
Falliment. Zahlungseinstellung. Zahlungsunfähigkeit. Civilverbindlichkeit. Domicilirter Wechsel. Wechselprotest. Einspruch gegen die Fallitérklärung. Intervention der Gläubiger . . . 45
Faustpfand an einer Forderung 196
Fideicommissarische Substitution 12
Friedensgerichtslokale. Gestellung derselben 223
Frachtführer. Eisenbahn. Verantwortlichkeit 129
Gütertrennungsklage. Contumacial-Urtheil. Nichtvollziehung. Peremtion 15
Handelsgericht. Beweis über die Qualität der Waare. Expertise. Preußische Banknoten und Cassenanweisungen als Zahlungsmittel 58
Handelsgericht. Competenz. Vertrag zwischen Theaterunternehmer und Musikdirektor. Annehmbarkeit 4
Interlokut. Zeugenbeweis. Vollziehung. Berufung 37
Intervention. Handelsgericht 136
Kaufvertrag. Auflösung wegen Nichterfüllung. Drittbesitzer. Verpflichtung, Percepten und Percipienden zu ersetzen 1
Kirchenbau. Competenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden. Pfarrsprengel. Ausdehnung über die Grenzen einer Gemeinde. Beitragspflicht zum Kirchenbau. Förmlichkeiten. Berathung 23
Künstliche Wiesen. Stoppelweide 255
Leibzuchtsrecht. Actio confessoria 157
Makler. Einmischung in ihr Amt. Gültigkeit des Geschäfts . . 219
Mieth- und Pacht-Vertrag. Veränderung der vermietheten Sache durch einen Dritten. Auflösung. Entschädigung 91
Miteigenthümer. Selbstständige Verfolgung des Miteigenthums. Vermögen der Zünfte. Communal-Vermögen. National-Eigenthum. Präclusion fiscalischer Ansprüche 114
Notbweg. Verjährung 251
Oede Viehtrift. Wechselseitige, zwischen Kirchspielen. Einseitige. Ruralgesetz 125

Digitized by Google

Seite.

Privilegium des Verpächters. Mobilien. Brandassecuranz-Gelder. Cession nicht fälliger Forderungen. Falliment. Rechte des Cessionars 86

Rente. Umwandlung derselben durch die neuere Gesetzgebung. Zeitpunkt dieser Umwandlung. Folgen derselben. Persönliche und hypothekarische Verpflichtung. Abzug des Fünftels für die Steuern 97

Reparationsrecht der Gläubiger und Legatare. Testament. Vermögensverwaltung. Vormund 61

Revindikation. Grenzregulirungsklage. Mutatio libelli . . . 37

Schenkung. Disponible Quote. Vindikation. Retentionsrecht . 30

Schenkung. Natürliche Verbindlichkeit 22

Sequester eines Nachlasses. Exekutorische Wirkung des den Sequester bestellenden Urtheils. 208

Subhastation. Abänderung der Kaufbedingungen. Beschluß des Friedensrichters 76

Subhastation. Opposition. Berufung. Annehmbarkeit 51

Subhastationsverfahren. Beschlagnahmeverfügung. Zuziehung des Gerichtsschreibers 227

Subhastation. Wiederholung des Einspruchs.

I. Fall 162

II. Fall 163

Theilung. Eigenthumsübertragung. Eigenthumsfeststellung. Rescission. Erbschaft. Gemeinschaftliches Eigenthum 234

Uebertrag unter der Stipulation lebenslänglicher Verpflegung. Erbe in gerader Linie; Ehegatte desselben. Disponible Quote 205

Verjährung durch unvordenklichen Besitz. Beweis 167

Verkauf. Notarielle Abfassung 56

Verkauf von Mündelgütern. Nichtigkeit. Verjährung 210

Vollmacht zu hypothekarischer Verpfändung 73

Vormund. Acquiescement. Nebenvormund. Berufung . . . 9

Zahlbefehl. Einspruch. Gründe. Urtheil. Zweite Ausfertigung. Besitz der ersten durch den Schuldner. Verjährung. Unterbrechung. Aelteres Recht. Erfallzeit 138

Zahlung. Subrogation. Vorbehalt 230

Zeugenverhör. Erscheinen der Parteien 64

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Seite.

Amtsvergehen. Untersuchung wegen Mißbrauchs der Waffen. Erklärung der Verwaltungsbehörde 78

Assisenhof. Aerztliches Gutachten. Mittheilung, Verlesung desselben 37

Beamter. Tod. Versiegelung. Friedensrichter 16

Beleidigung. Verwundung. Verzicht. Rathskammerbeschluß. Rechtskraft 73

Besitz. Ruhiger Besitz. Servitus discontinua. Weiderecht. Besitzstörungsklage 68

Churkölnisches Statut. Gütergemeinschaft. Immobilar-Acquest. Rechte des überlebenden Ehegatten resp. der Kinder . . . 83

Compromiß. Pactum de compromittendo. Feuerversicherungs-Vertrag 93

Destillir-Apparat. Steuerbehörde 60

Disciplinarverfahren. Notar. Berufungsfrist 50

Erndte-Diebstahl. Mildernde Umstände. Straf-Milderung . 52

Gemeindeweg. Eingriff. Polizeigericht. Eigenthumseinrede . . 8

Holzdiebstahlsgesetz. Cassationsrekurs. Forstverwaltung. Angabe der Qualität des protokollirenden Forstbeamten 102

Jagdfrevel. Erlaubniß des Eigenthümers. Bekanntmachung des Bürgermeisters 65

Liberalität. Schenkung. Emolument eines Beamten. Oneroser Vertrag 41

Munizipalbehörden. Verordnungen. Bestätigung der Administrativbehörden. Nachtwache 67

Municipalpolizei. Feuerpolizei. Schornsteine. Reinigung. Kehrbezirke. Zwangs- und Bannrecht 23

Municipalpolizei. Lokal-Reglement. Reinigung der Abtritte. Gewerbefreiheit 28

Municipalpolizei. Local-Reglement. Schlachtvieh. Marktstelle . . 33

Municipalpolizei. Lokalverordnung. Schlachthausreglement. Polizeistrafe 31

Digitized by Google

Seite.

Oeffentl. Ministerium. Polizeigericht. Besetzung des Gerichts. Richtigkeit des Urtheils. Cassation. Frist 21
Privatförster. Tod des Privatwaldbesitzers 12
Privatschule. Widerruf der Erlaubniß zur Anlegung einer solchen. Gewerbe. Polizeigerichtliche Competenz 38
Rechnungslegung. Qualifizirtes Geständniß 53
Res judicata. Aktiv-Legitimation des Cessionars. Compensation. Simulirte Cession 3
Sondergut der Ehefrau. Theilung desselben zwischen den Miteigenthümern und der Ehefrau durch den Ehemann . . . 100
Subhastationsverfahren. Beschlagnahme-Verhandlung. Angabe der Stunde 98
Verschleppung gepfändeter Gegenstände. Diebstahlsstrafe. Eintritt des Käufers gepfändeter Gegenstände in die Rechte und Pflichten des Gepfändeten 47
Verschleppung gepfändeter Gegenstände. Strafbare Absicht . . 49
Vorschuß an den Frachtführer. Subrogation. Adressat der Waaren 85
Wahlmann. Mandat. Auslagen 13
Weidfrevel. Ruralgesetz 64
Wittwen-Pension. Arrest-Anlage 88
Zuchtpolizei-Gericht. Contumazial-Urtheil. Zustellung. Opposition 91
Zuchtpolizeigericht. Polizeivergehen. Competenz. Berufbarkeit 81

B. Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Chaussee-Bau. Material-Gewinnung. Verwaltungsbehörden. Gerichte 20
Collokation. Contumacial-Urtheil. Peremtion. Anerkenntniß unter Privatunterschrift. Sicheres Datum 14
Contumacial-Verbindungsurtheil. Defaut de comparaitre. Defaut de plaider 16
Dienstbote. Friedensgerichtliche Competenz. Gesindeordnung . 19
Erbpacht unter dem neuern Rechte. Dingliches Recht. Zeitpacht. Collision 23
Fischereigerechtigkeit. Wilde Wasser. Gemeine Wasser . . . 17
Gehört der Art. 759 der B. P. O. nur dem Prozeß- oder auch dem materiellen Rechte an? 3
Zur Verordnung vom 11. Mai 1843 über die Competenz der Friedensgerichte 6

Digitized by Google

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Entscheidungen merkwürdiger, bei dem Rhein. Appellationshofe verhandelter Rechtsfälle.

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Digitized by Google

Kaufvertrag. — Auflösung wegen Nichterfüllung. — Drittbesitzer. — Verpflichtung, Percepten und Percipienden zu ersetzen.

Der Besitzer einer Sache, welcher in Folge der Auflösung des Kaufcontrakts, durch welchen sein Autor erworben hatte, die Sache an den ursprünglichen Eigenthümer und Verkäufer herausgeben muß, ist nicht verpflichtet, dem letztern für die Zeit, in welcher er demselben gegenüber in gutem Glauben war, Percepten und Percipienden zu restituiren.

Giesen — Barth

Dr. Barth verkaufte im Februar 1847 das Haus Nro. 367 zu Aachen an Scheiff; es wurde dabei stipulirt, daß der Kaufpreis nach gerichtlicher Collokation an die Hypothekargläubiger zur Entlastung des Barth ausgezahlt werden sollte. Scheiff verkaufte das Haus unter denselben Bedingungen weiter an Giesen.

Da ungeachtet des Abschlusses der Collokation keine Zahlung des Kaufpreises erfolgte, so belangte Barth den Scheiff und Giesen beim Kgl. Landgericht zu Aachen, um den zwischen Kläger und Scheiff geschlossenen Kaufvertrag für aufgelöst erklären, und die Abtretung des Hauses an den Kläger verordnen zu hören, und ferner: damit Giesen verurtheilt werde, dem Kläger die bezogenen und zu beziehen gewesenen Nutzungen des Hauses zu ersetzen, endlich damit Scheiff außerdem zum Ersatze des durch die Nichterfüllung des Kaufkontrakts erwachsenen Schadens verurtheilt werde.

Scheiff blieb unvertreten, Giesen behauptete, die Klage auf Auflösung eines Vertrags sei Ausfluß des letztern und könne daher nur gegen den Mitcontrahenten angestellt werden, die Auflösung könne eine Klage gegen den Dritten erst dann

Digitized by Google

bewirken, wenn dieser sich weigere, ihr Folge zu geben. Jedenfalls habe der Dritte nicht für Früchte einzustehen, indem er sich in keinem obligatorischen Nexus zum Kläger befinde und demselben gegenüber als b. f. possessor angesehen werden müsse.

Das Kgl. Landgericht erkannte in allen Punkten der Klage gemäß. Giesen appellirte und fand sich durch die Verurtheilung zu Percepten und Percipienden beschwert, wogegen man für den Appellaten darzuthun suchte, daß Giesen nicht rem und pretium zugleich benutzen, Früchte und Zinsen zugleich behalten könne, und daß sogar dann, wenn Appellat nicht direkt und unmittelbar gegen Giesen auf Restitution der Früchte sollte klagen können, er doch vermöge seines Rechts auf Schadensersatz gegen Scheiff und als dessen Gläubiger berechtigt sei, die Ansprüche, welche dem Scheiff gegen Giesen wegen Nichterfüllung des unter denselben Bedingungen abgeschlossenen Weiterverkaufs zuständen, geltend zu machen, und somit den vertragsbrüchigen Appellaten zum Ersatz der Percepten und Percipienden anzuhalten.

Der Rh. A. G. H. erkannte, wie folgt:

In E., daß wenn, wie nicht bestritten, Appellant das qu. Haus unter denselben Bedingungen von Scheiff gekauft, wie dieser es von dem Appellaten Barth erworben hat, durch die in diesen Kaufverträgen enthaltene Stipulation — wonach der Kaufpreis nebst Zinsen erst auf Grund der gerichtlichen Collokation gezahlt werden sollte, — dennoch dem Appellaten nur ein direktes Klagerecht auf Zahlung des ihm competirenden Kaufpreises resp. auf Liberirung von seinen, den Hypothekargläubigern gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten gegen den Appellanten gegeben sein würde, ohne daß er im übrigen berechtigt gewesen wäre, den zwischen den Appellanten und dessen Contrahenten Scheiff geschlossenen Vertrag anzugreifen oder für sich anzurufen.

Daß nun aber Appellat auf Auflösung des von ihm selbst mit Scheiff geschlossenen Kaufvertrages geklagt hat, und wenn die Resiliation dieses Vertrages auch nothwendig die Ungültigkeit des zwischen Scheiff und dem Appellanten geschlossenen Vertrages zur Folge hat, das nun eintretende Verhältniß des Appellaten zu dem Appellanten doch nicht anders, als wie das eines Vindicanten zu dem sein Eigenthum besitzenden Dritten angesehen werden kann, wogegen die zwischen

Digitized by Google

dem Appellanten und seinem Verkäufer Scheiff sich ergebenden Rechtsverhältnisse ganz anderen Gesichtspunkten unterliegen;

J. E., daß Appellant auf Grund seines mit Scheiff geschlossenen Kaufvertrages besessen und die Früchte des gekauften Hauses zu den seinigen gemacht hat, deren Restitution daher von dem Appellaten nicht verlangt werden kann, so lange dieser nicht nachweist, daß Appellant in malam fidem versetzt worden sei;

Daß dies — da nicht constirt, daß er von dem im Juli 1848 stattgehabten Collokationsschluß durch den Appellaten Kenntniß erhalten habe — nicht eher, als mit Anstellung der von Barth angehobenen Klage als geschehen angenommen werden kann, so daß Appellant erst von da ab, — zumal da er nunmehr auch die versprochene Zahlung zu leisten unterließ, — zum Ersatze sämmtlicher Früchte verbunden erscheint, hierzu aber auch die Percipienden gehören, da hierunter nur solche Früchte zu verstehen sind, welche von dem besessenen Grundstücke zu beziehen gewesen wären, aber durch die Schuld des Besitzers nicht bezogen worden sind und daher, was den Ersatz betrifft, ohne Präjudiz für das freie Verfügungsrecht des Eigenthümers nicht anders, als mit den wirklich bezogenen Früchten auf völlig gleiche Stufe gestellt werden müssen;

J. E., daß zwar Appellant für die frühere Zeit vor Anstellung der Klage rem und pretium zugleich benutzt hat, daß jedoch wegen dieser widerrechtlichen Benutzung nur sein Mitcontrahent Scheiff Einspruch zu erheben befugt sein würde, wogegen Appellat Barth wegen seines etwaigen Zinsenverlustes sich nur an seinen Ankäufer Scheiff zu halten berechtigt ist, dessen Verurtheilung zum Schadensersatz ihm das Mittel zu seiner Befriedigung zu gelangen gewährt.

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 25. Oktober 1848, jedoch nur insofern, als dadurch Appellant Giesen dem Appellaten Barth gegenüber zum Ersatze der vor Anstellung der Klage vom 13. Septbr. 1848 erhobenen und zu beziehen gewesenen Nutzungen des fraglichen Hauses verurtheilt ist;

Weist an dessen Statt erkennend den Appellaten Barth mit seinem diesfälligen Anspruch ab; verwirft im übrigen die Berufung.

III. Senat. Sitzung vom 20. Juni 1849.

Advokaten: von Hontheim — Müller.

Digitized by Google

Handelsgericht. — Competenz. — Vertrag zwischen Theaterunternehmer und Musikdirektor. — Annehmbarkeit.

Gegen ein Urtheil des Handelsgerichts über seine materielle Competenz steht dem Verklagten das Rechtsmittel der Berufung auch dann zu, wenn er sich, selbst ohne Vorbehalt der Berufung, auf die Hauptsache eingelassen hat.

Der Musikdirektor, welcher mit einem Theaterunternehmer in Bezug auf die Leitung der Opern contrahirt, geht dadurch nicht ein Handelsgeschäft ein; das Handelsgericht ist daher auch nicht competent über eine Klage zu erkennen, welche der Theaterunternehmer gegen den Musikdirektor aus dem mit diesem geschlossenen Vertrage anstellt. Art. 425 B. P. O. Art. 632, 634 H. G. B.

Neumann — Uber.

Der Theaterdirektor Uber zu Trier belangte bei dem dortigen Handelsgerichte den Musikdirektor Neumann auf Zahlung einer Conventionalstrafe von 100 Thlr., weil derselbe seinen durch Vertrag, unter Verpflichtung zu der gedachten Strafe, übernommenen Verbindlichkeiten in Bezug auf die Leitung der Opern-Musik nicht nachgekommen sei.

Der Verklagte bestritt die Competenz des Handelsgerichts, seine desfallsige Einrede wurde aber durch Urtheil vom 27. Januar 1849 verworfen, wie folgt:

Eingesehen die Art. 632 und 634 des H. G. B.

In E., daß es keinem Zweifel unterliegt, daß ein Theaterunternehmen als ein Handelsgeschäft betrachtet werden muß, und daß der Musikdirektor und die übrigen dazu gehörigen Künstler als in demselben Verhältnisse, wie die Kommis zu ihren Prinzipalen stehend anzusehen sind;

Daß demnach der Art. 634 des H. G. B. hier Anwendung findet;

Aus diesen Gründen

erklärt sich das Kgl. Handelsgericht für competent u. s. w.

Nachdem hierauf der Verklagte unter Vorbehalt der Berufung von diesem Competenzbescheide sich zur Hauptsache eingelassen hatte, wurde durch ein ferneres Urtheil von demselben Tage in der Hauptsache erkannt und dem Kläger eine Entschädigung von 30 Thlr. zugesprochen.

Digitized by Google

Der hierauf Seitens des Verklagten gegen das Competenz-Urtheil ergriffenen Berufung wurde von dem Appellaten zuvörderſt die Einrede der Unannehmbarkeit entgegengeſtellt, weil der Appellant ſich nach der Entſcheidung über die Competenz zur Hauptſache eingelaſſen habe, der Vorbehalt der Berufung daher als eine protestatio facto contraria erſcheine. Zur Aufrechthaltung des Urtheils in materieller Beziehung berief ſich ſodann der appellatiſche Anwalt noch insbeſondere auf die Urtheile bei Sir. 8. 2. 256 und 26. 2. 96, ſo wie auf die Autoren: Oreillard Compétence Nr. 359, de Villeneuve u. Massé Dictionaire v. Acte de commerce Nr. 107.

Der Hof erließ jedoch in Uebereinſtimmung mit den von dem öffentl. Miniſterium ausgeſprochenen Anſichten, folgendes reformatoriſche

Urtheil:

In. E., daß ſchon aus dem Art. 425 der B. P. O. ſich ergibt, daß das Einlaſſen zur Hauptſache vor dem Handelsgerichte, die Befugniß der Berufung über den Competenzpunkt nicht ausſchließt, ſelbſt wenn auch deshalb kein Vorbehalt gemacht worden wäre;

Daß daher die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung zerfällt;

In. E., daß wenn der Art. 632 jede Unternehmung eines öffentl. Theaters als Acte de commerce bezeichnet, demnach der Unternehmer wegen ſeiner in Beziehung darauf eingegangenen Verbindlichkeiten vor dem Handelsgericht belangt werden kann, daraus nicht folgt, daß der Muſikdirektor, welcher ihm ſeine Leiſtungen zuſagt, ſeinerſeits ebenfalls einen Acte de commerce vollzieht und der handelsgerichtlichen Competenz unterliegt; da dieſe Competenz als eine exceptionelle, über die geſetzliche Beſtimmung hinaus nicht auszudehnen iſt.

Aus dieſen Gründen

verwirft der Rh. A. H. G. das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Trier vom 27. Januar 1849 wegen Incompetenz und legt dem Appellaten die in dieſem Punkt ergangenen Koſten zu Laſt u. ſ. w.

I. Senat. Sitzung vom 4. Juli 1849.

Advokaten: Lautz — Wallraf.

Digitized by Google

Bauholzberechtigung. — Abbrennen des Hauses. — Beweis der culpa — Assecuranz.

Wer auf Grund einer Waldgerechtigkeit Bauholz zum Neubau seines abgebrannten Hauses fordert, ist nicht verpflichtet, den Beweis zu liefern: daß der Brand ohne Verschulden durch Zufall entstanden sei.

Der Waldeigenthümer muß das Holz zum Neubau liefern, wenngleich der Servitutberechtigte das abgebrannte Haus versichert hatte und von der Feuerversicherung wegen des Brandes entschädigt worden ist. *)

v. Harff — Günther.

Die Einwohner des auf dem linken Ufer des Urftflusses gelegenden Theils der Gemeinde Gemünd wurden durch Urtheile des Kgl. Landgerichtes zu Aachen vom 18. Dezember 1834 und des Rh. A. G. H. vom 10. Mai 1836 berechtigt erklärt, das zur Reparatur und zum Wiederaufbau ihrer Häuser nöthige Holz aus dem der Wittwe und den Kindern von Harff zu Dreiborn zugehörigen Waldungen zu beziehen. Das in jener Gegend gelegene Haus des Gottlob Jakob Kurtz war während jenes Prozesses abgebrannt. Kurtz übertrug an Günther zu Gemünd die Sohlstätte, sodann auch noch für 17 Thlr. seine gegen die Familie Harff geltend zu machenden Rechte auf Holz zum Wiederaufbau, und Günther klagte gegen Wittwe und Kinder Harff bei dem Kgl. Landgerichte zu Aachen, um zu hören, daß er als Rechtsnachfolger des frühern Eigenthümers der Sohlstätte und als Eigenthümer des nunmehr darauf wiedererbauten Hauses berechtigt erklärt werde, das Holz welches zum Wiederaufbau der Gebäulichkeiten nöthig, die früher auf jener Sohlstätte gestanden und ein Raub der Flammen geworden, aus den zum Gute Dreiborn gehörigen Waldungen zu beziehen, und daß demnach Verklagte zur Verabfolgung des Holzes nach einer Rechnung im Betrage von 14187 kölnische Fuß oder zur Vergütung des Werths desselben mit 630 Thlr. 16 Sgr. verurtheilt würden.

*) Vgl. Baudrillart Traité génér. des eaux et for. III. p. 169. Decis. minister. 10. Oktober 1823.

Digitized by Google

Außer verschiedenen hier nicht erheblichen Einreden wurde der Klage entgegengesetzt: Kläger müsse vor allem beweisen, daß der Brand des Kurtz'schen Hauses durch Zufall entstanden sei; ferner habe Kurtz wegen des erlittenen Brandes von der Feuerversicherungs-Gesellschaft, bei welcher er das Haus assecurirt gehabt, eine Entschädigung erhalten, und könne deshalb von Beklagten nur Rückerstattung der bezahlten Prämie fordern. Das Kgl. Landgericht zu Aachen verwarf diese Einreden und ließ den Kläger zum Beweise über das geforderte Quantum zu.

Die Erben von Harff ergriffen hiergegen die Berufung. Es wurde für sie auszuführen gesucht: daß dem Appellaten, welcher aus dem Abbrennen des Hauses Vortheil ziehen wolle, und der resp. dessen Rechtsvorgänger das Haus in Besitz gehabt habe, als es abbrannte, der Beweis obliege, daß der Brand durch Zufall, nicht durch seine oder der Seinigen Schuld entstanden sei; diese Beweislast lege das franz. Recht dem Besitzer einer untergegangenen Sache zur Last, wenn es sich von seiner Liberation handele, (Art. 1733, 1302 des B. G. B.) wie viel mehr: wenn er eine Anforderung machen wolle. — Ferner sei für das abgebrannte Haus von der Assecuranz-Gesellschaft dem Kurtz in Folge des Brandes eine Entschädigung von 1900 Thlr. gezahlt worden, in welcher Summe die Entschädigung für das Holz, welches jetzt gefordert werde, enthalten sei; es sei wegen der offenbaren Gefahr des Mißbrauchs und der Brandstiftung nicht zulässig, daß Jemand aus der Assecuranz und zugleich aus der Servitut auf Holz zum Wiederaufbau wegen desselben Verlustes den doppelten Vortheil ziehe. Die Assecuranz-Gesellschaft habe bei ihrer Zahlung an Kurtz die negotia der Erben von Harff gerirt, und derselbe habe dies auch selbst eingesehen, indem er durch die geringe Summe von 17 Thlr. die er sich von dem Appellaten habe zahlen lassen, bekundet habe, daß er höchstens einen Theil der Assecuranzprämie fordern könne.

Für den Appellaten wurde entgegnet, bis zum Beweise des Gegentheils müsse rechtlich präsumirt werden, daß der Brand durch Zufall entstanden sei, der Vertrag mit der Assecuranz-Gesellschaft betreffe die Appellanten nicht und könne denselben keine Rechte geben. Die Assecuranz habe für das alte Gehölz entschädigt, es lasse sich nicht einmal behaupten: daß dieselbe das Holz zum Neubau bezahlt

Digitized by Google

habe; selbst wenn die Assecuranz-Gesellschaft befugt gewesen sein sollte, wegen der dem Hause anklebenden Bauholz-Servitut den erwachsenen Schaden geringer anzusetzen und den Werth des Holzes abzuziehen, so wäre doch im Munde der Appellanten eine solche Sprache lediglich exceptio de jure tertii.

Uebereinstimmend mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums verwarf der Rh. A. G. H. die Berufung.

J. E., daß die Appellanten von dem Appellaten zur Rechtfertigung seines Anspruchs den Beweis verlangen, daß der Brand des zum Bauholze berechtigten Hauses ohne Verschulden durch Zufall stattgefunden habe; daß jedoch die Ausübung der Servitut an diesen Beweis nicht geknüpft war und eine Culpa im Allgemeinen nicht vermuthet wird, vielmehr stets von demjenigen, der sie behauptet, bewiesen werden muß;

Daß auch eine Analogie für die Begründung des appellantischen Verlangens aus den Art. 1733 und 1302 des B. G. B. nicht entnommen werden kann, weil Kurtz, der damalige Besitzer des Hauses, Eigenthümer desselben war und es Niemanden zu restituiren hatte;

Daß die Appellanten daher, wenn sie dem zeitigen Besitzer des Hauses ein Verschulden vorwerfen, den Beweis desselben um so mehr zu erbringen hatten, als sie aus dessen Vorhandensein für sich die Befreiung von einer ihnen obliegenden Leistung herleiten wollen;

J. E., daß die Appellanten ferner behaupten, daß die Versicherung des fraglichen Hauses gegen Brandschaden der öffentlichen Ordnung gefahrbringend und zuwider gewesen sei, weil nunmehr dem Eigenthümer durch die Abbrennung des Hauses in Ansehung des Bauholzes eine doppelte Vergütung geworden und somit ein Vortheil entstanden sei; daß indessen eine aus einem an sich zulässigen Rechtsverhältnisse der öffentlichen Ordnung möglicher Weise entspringende Gefahr den Verpflichteten zu liberiren nicht geeignet ist und im untergebenen Falle die Appellanten von der Lieferung des dem abgebrannten Hause zuständigen Bauholzes um so weniger entbinden kann, als das Holzungsrecht zur Zeit des Brandes noch streitig war, und diese Einrede, wenn sie irgend begründet sein könnte, jedenfalls in dem Munde der Appellanten, als den zuerst Verpflichteten, eine exceptio de jure tertii darstellen würde;

Digitized by Google

Daß die Behauptung der Appellanten, die Feuerversicherungsgesellschaft habe durch die Versicherung des berechtigten Hauses und durch die Zahlung seines Werthes nach dem Brande ihre negotia gerirt, ebenso unbegründet erscheint, weil die negotiorum gestio ihrem Begriffe und ihrem Wesen nach bei dem Handelnden die Absicht die Geschäfte eines Andern zu führen, voraussetzt, hier aber sowohl Kurtz als die Feuerversicherungsgesellschaft in eignem Namen für sich und ohne alle Rücksicht auf die Appellanten contrahirt haben, Letztere daher auch aus dem Versicherungs-Vertrage keine Rechte für sich in Anspruch nehmen können.

J. E., daß die übrigen von den Appellanten gegen die Klage vorgebrachten Einreden in dem angegriffenen Urtheile aus den dort angeführten Gründen ihre rechtliche Würdigung erhalten haben und zu deren Widerlegung in dieser Instanz nichts vorgebracht worden ist, die Berufung sich sonach als nicht gerechtfertigt darstellt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die von dem Urtheile des Kgl. Landgerichtes zu Aachen vom 20. Januar 1848 eingelegte Berufung u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 11. Juli 1849.

Advokaten: v. Hontheim — Kyll.

Vormund. — Acquiescement. — Nebenvormund. — Berufung.

Der Vormund kann einem gegen ihn ergangenen Urtheile mit rechtlicher Wirkung acquiesciren, wenn das Urtheil einen rein persönlichen Anspruch zum Gegenstand hat.

Der Nebenvormund hat kein selbstständiges Recht der Berufung; der Art. 444 der B. P. O. räumt ihm nur eine außergerichtliche Controlle ein.

Art. 444 B. P. O.

Hoffacker — Siegert.

Die Wittwe Hoffacker zu Köln stellte am 11. Mai 1848 für sich und als Vormund ihrer minderjährigen Kinder dem Maurermeister Siegert ein Schuldbekenntniß über 769 Thlr.

Digitized by Google

aus, welche sie in ihren angegebenen Eigenschaften demselben für errichtete Bauten zu verschulden erklärte. Auf Grund dieses Schuldscheines erwirkte Siegert am 29. Mai dess. J. ein Contumacialurtheil beim Kgl. Landgerichte zu Köln. Nachdem dasselbe der Frau Hoffacker zugestellt worden, verzichtete sie in einer auf das Urtheil geschriebenen Erklärung auf jedes Rechtsmittel und bekannte zugleich 20 Sgr. in Vollstreckung desselben gezahlt zu haben.

Dem Nebenvormunde wurde das Urtheil nun ebenfalls zugestellt. Bevor indessen die erst nach Vollstreckung desselben beginnende Appellfrist abgelaufen war, appellirten sowohl Haupt- als Nebenvormund, und führten zur Begründung der Berufung an:

Was die Zulässigkeit derselben betreffe, so könne der Vormund mit rechtlicher Wirkung nicht acquiesciren, wenigstens nicht ohne Mitwirkung des Nebenvormundes, da auch nur, wenn diesem das Urtheil zugestellt worden, die Rechtskraft durch Ablauf der Appellfrist eintreten könne; deßhalb sei das Recht des Vormundes zur Appellation durch jenes Acquiescement nicht beeinträchtigt, jedenfalls stehe dasselbe aber noch dem Nebenvormunde zu. Zur Sache selbst stelle aber die Errichtung von Bauten für Mündel, eine über die Verwaltungsbefugnisse des Vormundes hinausgreifende Disposition dar, welche den Mündeln keine Schulden auferlegen könne. Außerdem wurde noch für einen mittlerweile großjährig gewordenen Sohn der Frau Hoffacker appellirt und zwar aus dem Grunde, weil er zur Zeit des Urtheils a quo bereits emancipirt gewesen sei, die frühere Vormünderin ihn also vor Gericht nicht gültig mehr habe vertreten können.

Von dem Appellaten wurden diese Gründe bekämpft, und namentlich in Bezug auf den Emancipirten angeführt, daß, wenn er bei dem Urtheil a quo nicht vertreten gewesen sei, auch kein Urtheil gegen ihn existire, er also nicht das Recht habe, sich im Wege der Berufung gegen ein solches zu beschweren.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Appellantin Wittwe Hoffacker das von ihr durch Berufung angegriffene Contumacial-Urtheil vom 29. Mai v. J. für sich und in ihrer Eigenschaft als Hauptvormünderin ihrer minderjährigen Kinder am 12. August v. J.

Digitized by Google

als rechtskräftig anerkannt und auf die Hauptforderung, Zinsen und Kosten eine Abschlagszahlung geleistet hat, daß da die in dem erwähnten Urtheile den Appellaten zuerkannte Forderung von seiner Seite einen rein persönlichen Anspruch darstellt, die Anerkennung und Tilgung derselben als eine dem Vormunde als solchem obliegende Verwaltungshandlung betrachtet werden muß, in deren Folge der von der Appellantin in jener Eigenschaft selbst ausgesprochene Vollstreckungsakt des wider sie erlassenen Urtheils mit voller rechtlichen Wirkung sowohl für sie, als auch für ihre Mündel die Zulässigkeit jedes fernern Rechtsmittels gegen dasselbe ausschließt; daß nach Art. 444 der B. P. O. die Berufungsfrist für Pflegbefohlene zwar erst mit der Signifikation des Urtheils an den Nebenvormund beginnt; daß aber diese gesetzliche Bestimmung dem Nebenvormunde eine Ausdehnung seiner Funktionen, und namentlich eine Verwaltungsbefugniß nicht zuspricht, sondern nur die Realisirung einer außergerichtlichen Controlle bezweckt, daß daher dem Nebenvormunde ein selbstständiges Recht der Berufung gegen die wider den Hauptvormund erlassenen Urtheile außer dem Falle, wo in Gemäßheit des Art. 420 des B. G. B. oder eines besondern Familienrathes-Beschlusses ihm bestimmte Verwaltungshandlungen übertragen sind, keineswegs zugestanden werden kann; daß hier ein solcher Familienraths-Beschluß nicht behauptet wird, und eine Collision des Interesse zwischen der Hauptvormünderin mit ihren Mündeln nicht besteht, die Berufung des Wilh. Jakob Schmidt als Nebenvormund mithin ebenwenig annehmbar erscheint; daß dagegen die Berufung des emancipirten jetzt großjährigen Bertram Hoffacker in sofern gerechtfertigt erscheint, als die Verurtheilung gegen seine Mutter als seine Hauptvormünderin zu einer Zeit gerichtet worden ist, wo er schon emancipirt war; mithin von der frühern Vormünderin vor Gericht nicht mehr verteten werden konnte, und ihm die Befugniß nicht entzogen werden kann, die Unzulässigkeit seiner Vertretung bei dieser Verurtheilung im Wege der Berufung gegen ein Urtheil geltend zu machen, auf dessen Grund der Appellat die Beschlagnahme seines Grundvermögens wider ihn ausgewirkt hat.

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Rh. Appellationshof die von den Appellanten Witwe Hoffacker und Wilhelm Jakob Schmidt gegen das

Digitized by Google

Contumacial-Urtheil hies. Kgl. Landgerichts vom 29. Mai v. J. eingelegte Berufung für unannehmbar, hebt dagegen, auf die Berufung des Bertram Joseph Hubert Hoffacker das gedachte Urtheil, soweit darin eine Verurtheilung gegen ihn ausgesprochen worden, unter Reformation dieses Urtheils hiermit auf, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 7. Juli 1849.

Advokaten: Nacken — Wallraf.

Fideicommissarische Substitution.

Folgende Disposition:

> Meinem Vater vermache ich mein ganzes Vermögen als alleiniges Eigenthum, mit der Beschränkung jedoch, daß wenn meine Mutter meinen Vater (und mich) überleben sollte, dieselbe in alle meinem Vater durch dieses Testament gewordenen Rechte eintreten soll,

enthält eine fideicommissarische Substitution und ist nichtig. Art. 896, 898 des B. G. B.

Lichtschlag — Jaeger.

Ueber den Nachlaß der Eheleute Jakob Lichtschlag und Catharina Knappertz hat das Landgericht zu Düsseldorf die Theilung unter den Erben erkannt. Zu diesen Erben gehörten u. A. Max und Franz Lichtschlag und der nun verstorbene Gustav Georg Jaeger, der Sohn des Dr. Hermann Joseph Jaeger und dessen erster Ehefrau, einer gebornen Lichtschlag. Durch den Tod des Gustav Georg Jaeger war die Reassumtion der Theilungsprozedur gegen dessen Erben nothwendig geworden, und es entstand nun zwischen Max und Franz Lichtschlag und deren Schwester We. Hermens einerseits und dem Vater des verstorbenen Gustav Georg Jaeger anderseits die Streitfrage: ob der Verstorbene von den genannten Personen ab intestato beerbt, oder aber ob der Appellat alleiniger Erbe desselben aus einem vom 5. Juni 1847 datirten bei Notar Ahrweiler zu Neuß hinterlegten Testamente geworden sei. In diesem Testamente ist Dr. Jaeger Vater zum Erben eingesetzt, jedoch auch eine Substitution zu Gunsten der zweiten

Digitized by Google

Ehefrau des Dr. Jaeger, der Stiefmutter des Verstorbenen enthalten; dasselbe lautet: „Meinem Vater Dr. Hermann Jaeger vermache ich alles, was mein ist, kraft dieser meiner eigenhändig kund gegebenen Willensäußerung nach meinem etwaigen Tode als alleiniges Eigenthum, mit der Beschränkung jedoch, daß wenn meine jetzige Mutter Wilhelmine Jaeger geb. Fischer meinen Vater (und mich) überleben sollte, diese meine Mutter dann in alle meinem Vater durch dieses Testament gewordenen Rechte eintreten soll."

Max und Franz Lichtschlag behaupteten, daß diese Verfügung eine verbotene fideicommissarische Substitution enthalte, also nichtig sei, und verlangten, daß die Fortsetzung der Theilungsprozedur in Bezug auf den Antheil des Gustav Georg Jaeger nach Intestaterbfolge statt finden müsse. Das Kgl. Landgericht dagegen fand in den Ausdrücken des Testaments eine Vulgarsubstitution zu Gunsten der Stiefmutter. Es erwog, daß von dem Testator nicht anzunehmen sei, daß er sich des Wortes „Beschränkung" in einem streng juristischen Sinne bedient habe, dies Wort solle nur die Modifikation der einfachen unbedingten Erbeinsetzung ausdrücken; — es sei nicht wohl anzunehmen, daß der Wille des Testators gewesen, die Stiefmutter seinem Vater in Bezug auf das Eigenthum vorzuziehen und letztern zu verpflichten, der erstern das Vermögen zurück zu lassen, wohl aber liege der Wille des Testators nahe, beim etwaigen Wegfallen seines Vaters als Erben die Stiefmutter seinen Seitenverwandten vorzuziehen, dieser Fall, nämlich wenn der Vater zuerst, dann der Testator sterben und die Stiefmutter beide überleben sollte, sei im Testament gedacht; solches sei insbesondere durch das eingeklammerte „und mich" genügend angedeutet. Für diesen Fall werde die Stiefmutter vulgariter substituirt. Das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf erklärte demnach den Dr. Jaeger Vater unter Zurückweisung der entgegenstehenden Anträge und der gegen die Gültigkeit des Testaments erhobenen Einreden für den einzigen Erben seines Sohnes.

Von dieser Entscheidung appellirten Max und Franz Lichtschlag und erwirkten folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E. daß, wenn der Testator in dem angegriffenen Testamente seinen Vater mit der Beschränkung zum Erben

einsetzt, daß die Mutter, wenn sie dem Vater und, wie in clamera gesagt wird, den Testator überleben sollte, dann in alle dem Vater durch das Testament gewordene Rechte eintreten solle, — die Beschränkung mit der Erbeseinsetzung integrirend zusammenhängt und ohne Gewalt nicht in der Weise davon zu trennen ist, daß die Institution des Vaters als eine selbstständige und unbeschränkte, und die Beschränkung als eine für sich eintretende Institution der Mutter anzusehen wäre.

Daß eine Substitution im Sinne des Art. 898 des B. G. B. in dem Testamente nicht zu finden ist, weil die auf solche Weise zweiter Ordnung eintretende Einsetzung der Mutter sich mit dem Begriffe einer beschränkten Einsetzung des erstberufenen Vaters nicht vereinigen läßt, derselbe vielmehr unbeschränkt zur Succession gelangen müßte, wenn er den Testator überlebte, insofern die testamentarische Bestimmung dem Art. 898 gemäß sein sollte;

Daß es ferner einer Substitution im Sinne des Art. 898 widerspricht, wenn in dem Testamente gesagt wird, die Mutter solle dann in alle dem Vater durch das Testament gewordenen Rechte — mithin nicht bloß in die demselben zugedachten, sondern in die bereits erlangten Rechte eintreten;

Daß auch die Hinzufügung der enklavirten Worte (und mich) wenn nämlich die Mutter den Vater und den Testator überlebe, — nicht geeignet sind, die obige Auslegung der beschränkten Erbeseinsetzung des Vaters und des eventuellen Eintrittes der Mutter in die dem Vater bereits zugefallenen Rechte zu alteriren um den Fall anzudeuten, daß der eingesetzte Vater schon vor dem Testator gestorben wäre, weil dieser Sinn dem Begriffe der beschränkten Einsetzung widersprechen würde.

Daß vielmehr anzunehmen ist: der Testator habe so wie er schon bei der Einsetzung des Vaters die überflüssigen Worte hinzufügte: nach meinem etwaigen Tode, so auch hier etwas Ueberflüssiges sich eigentlich von selbst Verstehendes gesagt, da man nämlich, um aus einem Testamente irgend Rechte zu erwerben, den Testator überleben muß;

Daß der Testator die Ueberflüssigkeit dieser Worte selbst gefühlt zu haben scheint, indem er dieselben enklavirte;

Daß, hätte der Testator den ihn allein überlebenden parens in der Reihenfolge des Vaters und der Mutter einsetzen wollen, — die Einsetzung des Vaters unter der Beschränkung des Ein-

Digitized by Google

trittes der überlebenden Mutter nicht der geeignete Ausdruck war, vielmehr einfach zu sagen gewesen wäre, daß der Vater oder wenn derselbe vor dem Testator sterbe, die Mutter eingesetzt sein solle;

Daß hieraus gefolgert werden muß: der Testator habe die Absicht gehabt, der Mutter falls sie den zur Succession gelangenden Vater überleben möchte, alles dasjenige zuzuwenden, was der Letztere aus dem Testament erhalten hätte;

Daß aber eine solche Substitution durch den Art. 896 verboten ist und die Erbeseinsetzung selbst ungültig macht;

Daß von einem fidei commissum de eo quod supererit womit also die Bedingung zu erhalten und herauszugeben nicht verbunden sein würde, keine Rede sein kann, weil die eventuelle Einsetzung der Mutter in alle dem Vater gewordenen Rechte auch die Gewähr für diese Rechte, mithin für alle Theile der Erbschaft in sich schließt;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 1. März 1848, erklärt an dessen Statt zu Recht erkennend, den durch den Tod des Gustav Georg Jaeger unterbrochenen Theilungsprozeß über den Nachlaß der Eheleute Jakob Lichtschlag und Cath. Knappertz für reassumirt, verordnet ohne Rücksicht auf das von dem Gustav Georg Jaeger errichtete Testament, daß das diesem zugesprochene Fünftheil des Nachlasses der Eheleute Jakob Lichtschlag den beiden Appellanten gegenüber in der Weise zu theilen, daß einem jeden derselben $1/6$ dieses $1/5$ vorbehaltlich des dem Appellanten an einem Drittheile dieser $2/6$ zustehenden Nießbrauches zufallen solle u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 6. Juni 1849.

Advokaten: Forst — Kyll.

Gütertrennungsklage. — Contumacial-Urtheil. — Nichtvollziehung. — Peremtion.

Wenn die Gütertrennung durch ein Contumazial-Urtheil ausgesprochen, diesem Urtheil aber innerhalb 14 Tagen keine Vollziehung gegeben ist, so ist es unzulässig, nach Ablauf von 6 Monaten

Digitized by Google

unter dem Vorwande der Peremtion des Contumacialurtheils die Gütertrennung auf Grund der ursprünglichen Vorladung von Neuem zu beantragen. *)

Thorieth — Küppers.

Die Ehefrau des Wilhelm Küppers zu Viersen Maria Sibilla geborene Thorieth, stellte am 20. April 1848 bei dem Kgl. Landgerichte zu Düsseldorf gegen ihren verschuldeten Ehemann eine Klage auf Gütertrennung an. Diese wurde auch durch Contumacial-Urtheil vom 21. Juni 1848 ausgesprochen. Allein erst am 14. Juli geschah die Zustellung dieses Urtheils an den Ehemann, und es wurde die Vollstreckung innerhalb der 14 Tage nach dem Urtheile versäumt. Im März 1849 beantragte der Anwalt der Klägerin beim Kgl. Landgerichte zu Düsseldorf von Neuem den Ausspruch der Gütertrennuug und zwar weil das frühere Urtheil ein Contumacial-Urtheil gewesen und ungeachtet der Peremtion dieses Urtheils die demselben vorhergegangene Ladung vom 20. April 1848 nicht erloschen sei. Durch Urtheil vom 20. März 1849 wies das Landgericht den Antrag ab, weil es zwar im Allgemeinen zulässig sei, nachdem die Peremtion eines Contumacial-Urtheils in Folge der Vorschrift des Art. 156 der B. G. O. eingetreten, auf die ursprüngliche Vorladung ein neues Urtheil zu erwirken, solches aber im vorliegenden Falle nicht angehe, weil der Art. 1444 des B. G. B. verordne, daß nicht das Urtheil, sondern die Gütertrennung selbst nichtig sei, wenn sie nicht in der Frist vollzogen worden, und diese Nichtigkeit der Gütertrennung Alles, was vorgenommen worden, um zu ihr zu gelangen, also auch die ursprüngliche Ladung, treffe.

Auf die Berufung der Ehefrau Küppers bestellte Appellat keinen Anwalt.

Das öffentl. Ministerium führte aus, daß von der Fiction einer Nichtexistenz des Contumacial-Urtheils (sera reputé non avenu) Art. 156 der B. P. O. und von einer dadurch vermittelten Benutzung der alten Ladung da nicht die Rede sein könne, wo längst vorher nach Art. 1444 des B. G. B. die Rechtswirkung für die Eheleute und deren Gläubiger eingetreten sei: daß eben wegen Nichtvollziehung des be-

*) Vgl. Berriat St. Prix Cours de proc. III. p. livr. 1. tit. 8 de la separation de biens Not. 18.

Digitized by Google

stehenden Urtheils die Gütergemeinschaft rechtlich fortdauere, was wegen der Vorschrift des Art. 1445 des B. G. B. mit Erlaß eines neuen Urtheils auf Grund der alten Ladung und mit der daran sich knüpfenden Rückwirkung bis zum Tage dieser Ladung gänzlich unvereinbar sei; unmöglich könne derjenige, welcher wegen der einen Versäumniß sich nachtheilige Folgen zugezogen, seine eigene anderweitige Versäumniß geltend machen, um sich jenen Folgen zu entziehen.

Der Rh. A. G. H. erließ folgendes bestätigende

Urtheil:

J. E., daß die durch das Contumacial-Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 21. Juni 1848 ausgesprochene Gütertrennung durch die unterbliebene Vollziehung der letztern binnen der nächsten 14 Tage nach Erlassung des Urtheils der Vorschrift des Art. 1444 des B. G. B. zufolge nichtig und wirkungslos geworden ist;

Daß diese Nichtigkeit der erkannten Gütertrennung die Wirkungslosigkeit aller derjenigen processualischen Verhandlungen und insbesondere der erhobenen Klage auf Gütertrennung zur Folge hat, weil der Zweck, zu dessen Erreichung dieselben dienen sollten, wegen der eingetretenen Nichtigkeit der auf den Grund derselben erkannten Gütertrennung mit Hülfe derselben nicht mehr zu erreichen ist;

Daß daher die Appellantin, wenn sie glaubt, auf Gütertrennung gegen ihren Mann antragen zu können, zu dem Ende eine neue Klage anstellen muß;

Daß diesem der Umstand keineswegs entgegensteht: daß das die Gütertrennung aussprechende Urtheil vom 21. Juni ein perimirtes Contumacial-Urtheil ist, bei einer eingetretenen Perimirung eines Contumacial-Urtheils aber auf Verlangen auf den Grund der ursprünglichen Vorladung ein zweites Contumacial-Urtheil erlassen zu werden pflegt, weil eine Analogie zwischen einem perimirten Contumacial-Verfahren und dem Falle einer in contumaciam ausgesprochenen nicht vollstreckten Gütertrennung nicht besteht, da der Art. 156 der B. P. O. an die Nichtvollstreckung eines gewöhnlichen Contumacial-Urtheils innerhalb 6 Monaten nur die Folge der Wirkungslosigkeit des letztern knüpft, während der Art. 1444 des B. G. B. bei nicht erfolgter Vollstreckung einer erkannten Gütertrennung binnen den nächsten 14 Tagen nicht bloß das

betreffende Urtheil, sondern die Gütertrennung selbst für nichtig erklärt;

Daß überhaupt die Verfügung des Art. 156 der B. P. O. auf das Verfahren wegen Gütertrennung einen entscheidenden Einfluß nicht wohl ausüben kann, weil für das letztere besondere processualische Vorschriften bestehen, durch welche die allgemeinen Proceßgesetze in mehrfacher Beziehung eine Veränderung erleiden;

Daß dies nach Art. 865 ff. der B. P. O. insbesondere der Fall ist bei der ersten Einleitung der Klage, so wie bei der Art der Bekanntmachung derselben und bei den dabei zu beobachtenden Fristen;

Daß der Zweck dieser hauptsächlich in dem Interesse der Gläubiger des Ehemannes, gegen welchen die Gütertrennung nachgesucht wird, ergangenen speziellen Bestimmungen in vielen Fällen aber nicht zu erreichen wäre, wenn es zulässig wäre, daß, nachdem eine bereits erkannte Gütertrennung nichtig und unwirksam geworden, auf Grund der dieser nichtigen Gütertrennung vorhergegangenen Klage ohne alle weitern Förmlichkeiten und ohne daß die betheiligten Gläubiger davon Kenntniß erhalten, eine nochmalige Gütertrennung erkannt und dadurch den Gläubigern, welche im Vertrauen auf die Nichtigkeit der bereits erkannten Gütertrennung mit dem Ehemann Verträge geschlossen haben, das Objekt ihrer Sicherheit, ohne daß sie solches verhindern könnten, wieder entzogen würde.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. in contumaciam gegen Appellaten erkennend, die Berufung u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 12. Juli 1849.

Advokaten: Compes.

Fallimentsurtheil. — Provisorische Vollstreckbarkeit. — Versiegelung. — Agent. — Entsiegelung der Handelsbücher. — Refere-Verfahren.

Der Agent eines Falliments ist befugt, zu verlangen, daß die mit den Effekten des Falliten unter Siegel gelegten Handelsbücher durch den Frie-

densrichter aus der Versiegelung herausgenommen und ihm eingehändigt werden, wenngleich der Fallit gegen das Fallimentsurtheil rechtzeitig Opposition eingelegt hat.

Widersetzt sich der Fallit dieser Entsiegelung der Bücher, so ist der Landgerichts-Präsident befugt, darüber im Refereverfahren zu entscheiden.

Art. 450, 451, 462, 463, 457 des H. G. B.
Art. 806 der B. P. O.

Fallitmasse Leimgardt — Leimgardt.

Der Goldarbeiter C. J. Leimgardt zu Unterbilk wurde am 30. Sept. 1848 auf Anstehen eines Gläubigers Schieffer durch das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf, als Handelsgericht fungirend, für fallit erklärt, der Ausbruch des Falliments provisorisch auf den 3. Okt. 1847 bestimmt, die Anlegung der Siegel durch das dortige Friedensgericht auf alle Waaren, Bücher, Papiere, Scripturen, Mobilien und sonstige Effecten des Falliten verordnet und der Advokat Windscheidt zum Agenten des Falliments ernannt.

Leimgardt legte gegen dieses Urtheil Einspruch ein, dessen Entscheidung durch Urtheil der gedachten Stelle vom 14. Okt. 1848, confirmirt durch den A. G. H. am 12. März 1849, von einem dem Oppositen Schieffer aufgegebenen Beweise abhängig gemacht wurde.

Von Seiten des Fallimentsagenten wurde mittlerweile das Friedensgericht in Düsseldorf, welches sämmtliche dem Falliten zugehörigen Gegenstände unter Siegel gelegt hatte, requirirt, um die zum Falliment gehörenden Handelsbücher zu entsiegeln und dem Agenten auszuantworten. Der Fallit widersetzte sich jedoch dieser Entsiegelung durch einen von ihm dem betreffenden Friedensgericht zu Protocoll gegebenen Einspruch und zwar erklärte er gegen jeden gerichtlichen Schritt, insofern die Entsiegelung nicht den Zweck habe, die Siegelanlage völlig aufzuheben, zu protestiren, worauf sich das Friedensgericht zurückzog und die Entscheidung über diesen Einspruch vor den Landgerichts-Präsidenten im Wege des Refere-Verfahrens verwies. In dem Refereteremine nahm der Fallit den Antrag, dem Einspruch statt zu geben, subsidiarisch die Verhandlung der Sache zur Sitzung des Kgl. Handelsgerichts hinzuverweisen, indem er hauptsächlich auszuführen suchte, daß, wenngleich

der Art. 457 des H. G. B. die provisorische Vollstreckbarkeit verfüge, hierunter nur die verordnete Siegelanlage zu verstehen, wohingegen keinem das Recht zustehe, etwas zu verfügen und vorzunehmen, so lange nicht über die rechtsanhängige Opposition, welche in der gesetzlichen Frist eingelegt worden, entschieden sei. Der Fallimentsagent beantragte dagegen die Verwerfung des Einspruchs und suchte auszuführen, daß nach Art. 457 l. c. das die Fallimentserklärung aussprechende Urtheil allgemein provisorisch vollstreckbar sei und nach den allgemeinen Prozeßregeln die Vollstreckung eines solchen Urtheils durch eine dagegen eingelegte Opposition und Berufung nicht aufgehoben werde; daß es aber auch in der Natur der Sache liege, daß dem Agenten durch die Entsiegelung und Herausnahme der Handelsbücher die Möglichkeit gegeben werde, sich der ihm gesetzlich obliegenden Verpflichtungen zu entledigen, namentlich den dem öffentl. Ministerium schuldigen Bericht erstatten zu können.

Durch Bescheid vom 30. Juli 1849 verordnete der Kgl. Landgerichts-Präsident zu Düsseldorf die Sistirung der Entsiegelung behufs Extradirung der Handelsbücher bis zur rechtskräftigen Entscheidung der von Leimgardt eingewandten Opposition, indem er annahm, daß das Fallimentsurtheil insofern provisorisch vollstreckt worden, daß die darin angeordnete Versiegelung der Effekten und Bücher des Falliten vorgenommen sei, und die Entsiegelung der Handelsbücher und deren Extradirung nur von der Entscheidung der von dem Falliten gegen das Fallimentsurtheil erhobenen Opposition abhängig sein könne.

Gegen diesen Bescheid legte der Falliments-Agent die Berufung ein, zu deren Rechtfertigung den oben erwähnten Gründen noch hinzugefügt wurde, daß der Agent gemäß der Art. 463 und 464 des H. G. B., unzweifelhaft das Recht und sogar die Verpflichtung habe, sowohl die Bücher des Falliten als auch alle andern dem Verderben unterworfenen Gegenstände aus der Siegelanlage herauszuziehen, wenn man ihm die Befugniß zu der allgemeinen Entsiegelung, welche zu den ihm durch die Art. 464 al. 2 und Art. 470, 471 und 473 aufgetragenen Geschäften unumgänglich nöthig erscheinen, auch bestreiten wolle; daß aber die Refere-Entscheidung gegen die Bestimmung des Art. 457 des H. G. B. verstoße, nach welcher das Fallimentsurtheil provisorisch vollstreckbar sein solle, welche ganz generelle und überschränkte Bestimmung

Digitized by Google

nicht durch die Opposition gegen das Fallimentsurtheil gehemmt werden könne.

Appellatischer Seits berief man sich dagegen auf den ausdrücklichen Wortlaut des Fallimentsurtheils, wonach die Versiegelung der Bücher des Falliten angeordnet, von einer Entsiegelung aber die Rede nicht sei; das Urtheil sei in allen seinen Dispositionen vollzogen worden, und habe die provisorische Vollstreckung desselben vollkommen stattgefunden; daß, da eine Entsiegelung in dem Urtheil nicht verordnet worden, eine solche auch nicht provisorisch vollstreckt werden könne, vielmehr grade gegen den Tenor des Urtheils gehen werde, daß das Gesetz aber auch nur die provisorische Vollstreckung der Fallimente-Urtheile deshalb verordnet habe, um dem Falliten die den Gläubigern nachtheilige Dispositionsgewalt über sein Vermögen zu entziehen, und wenn dem Falliten diese Gewalt genommen sei, jeder Grund eines fernern provisorischen Verfahrens aufhöre, daß es auch eine durchaus unmotivirte Verletzung der Rechte des Falliten sein werde, wenn der Agent durch ein solches Verfahren in die innersten häuslichen und geschäftlichen Verhältnisse des Falliten gewaltsam eindringen könne, daß endlich nach Art. 635 des H. G. B. die Streitigkeiten über die Hinterlegung der Bilanz und der Handelsbücher zu dem Forum der Handelsgerichte gehörten und der Landgerichts-Präsident entweder habe auf Sistirung des Verfahrens erkennen oder aber sich incompetent erklären müssen, welche Incompetenz eventuell noch jetzt im Wege der Incidentappell ausgesprochen und die Sache vor das Handelsgericht zur Entscheidung verwiesen werden müsse.

Der A. G. H. entschied, übereinstimmend mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums, wie folgt:

I. E. daß aus der Zusammenstellung der Art. 450, 451, 462 und 463 des H. G. B. hervorgeht, daß in dem Falle, wenn die Versiegelung im Fallimentsverfahren durch den Friedensrichter erst auf den Grund des dieselbe verordnenden Urtheils bewirkt wird, die Bücher des Falliten von dieser Maßregel auszunehmen und nach vorgängiger Abschließung dem Agenten des Fallimente zuzustellen sind; daß demnach dem Appellanten gesetzlich zustand, von dem Friedensrichter die Ausschließung der Bücher vor der Siegelanlage, und da dies nicht geschehen, dermalen zu begehren, daß dieselben aus der Versiegelung herausgenommen und ihm in der im Arti-

Digitized by Google

kel 463 vorgeschriebenen Weise ausgehändigt werden; ohne daß in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 459 a. a. O. der von dem Falliten gegen die Fallimentserklärung erhobene Einspruch eine Suspension jener Maßregeln zur Folge haben konnte;

Daß sonach der Appellant durch den angegriffenen Referebescheid beschwert worden ist;

Daß die Zuständigkeit des Präsidenten des Landgerichts, über die vorliegende Contestation zu statuiren, nach Maßgabe des Art. 806 der B. P. O. einem Zweifel nicht unterworfen ist, da die Parteien über die Art oder den Umfang der Vollstreckung des das Fallliment aussprechenden Urtheils streiten, die Incidentberufung daher ungerechtfertigt ist.

Aus diesen Gründen

ändert der A. G. H. auf die Hauptberufung und unter Verwerfung der Incidentberufung den von dem Kgl. Landgerichts-Präsidenten zu Düsseldorf unterm 30. Juli d. J. erlassenen Referebescheid ab, und verwirft an dessen Statt erkennend, den von dem Appellaten gegen die vorzunehmende Entsiegelung der Bücher desselben erhobenen Einspruch unter Verurtheilung des Appellaten in die Kosten beider Instanzen, u. s. w.

Ferien-Senat. Sitzung vom 22. September 1849.

Advokaten: Kyll — Herbertz.

Schenkung. — Natürliche Verbindlichkeit.

Das Versprechen des Vaters, dem Sohne, der als Offizier heirathet, die gesetzlich erforderliche Zulage zu geben, ist nicht als Schenkung sondern als die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit zu betrachten und bedarf der Acceptation durch authentischen Akt nicht.*)

Wellmann — Wellmann.

In E., daß Appellant durch den Notarial-Akt vom 12. Januar 1846 seine Einwilligung zu der beabsichtigten Verheirathung seines Sohnes ertheilt und sich zugleich, wie es in jener Urkunde heißt, verbindlich gemacht hat, „die für die Verheirathung seines Sohnes allerhöchst bestimmte jährliche Zulage von 600 Thlrn. Preuß. Court. in baarer Zahlung

*) Vergl. Arch. 42. S. 234. u. 43. S. 22.

in vierteljährigen Raten vom Tage der Verheirathung anfangend zu entrichten", unter dem weitern Beifügen, daß er sich in so günstigen Vermögensverhältnissen befinde, daß er die zugesicherte Zulage ohne Belästigung abführen könne;

Daß dieses Zahlungsversprechen offenbar seinen Beweggrund nicht in einer bloßen Freigebigkeit hat und daher als eine Schenkung nicht angesehen werden kann, daß demselben vielmehr eine obligatio naturalis, nämlich die den Eltern im Allgemeinen obliegende natürliche und moralische Verpflichtung zu Grunde liegt, nach Kräften ihre Kinder standesmäßig zu unterstützen und zu versorgen, daß diese obligatio, obgleich sie das Gesetz und namentlich der Art. 204 des B. G. B. nicht zur Civil-Verpflichtung erhoben hat, nach Art. 1108 ib. dennoch eine genügende und gültige causa contractus bildet, folglich dem Zahlungsversprechen dem Appellaten gegenüber die volle rechtliche Wirksamkeit verleiht, daß es demnach nicht darauf ankommen kann, ob das fragliche Versprechen in der für die Acceptation von Schenkungen gesetzlich vorgeschriebenen Form angenommen worden ist, und daß ebenso wenig Appellant befugt war, dieses Versprechen zu widerrufen, nachdem Appellat nicht nur durch Erwirkung des Heiraths-Consenses bei seiner vorgesetzten Dienstbehörde Gebrauch davon gemacht, sondern auch dasselbe durch Gerichtsvollzieherakt ausdrücklich acceptirt hatte und vom Appellanten selbst die von Zeit zu Zeit fälligen Raten entrichtet worden waren;

Daß hiernach die Hauptbeschwerde des Appellanten, welche auf die angebliche Ungültigkeit jenes Versprechens gestützt wird, sich als unbegründet darstellt.

Aus diesen Gründen

verwirft u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 8. Oktober 1849.

Advokaten: Compes — Forst.

Kirchenbau. — Competenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden. — Pfarrsprengel. — Ausdehnung über die Grenzen einer Gemeinde. — Beitragspflicht zum Kirchenbau. — Förmlichkeiten. — Berathung.

Die Fragen, a) ob die Einkünfte einer Kirchenfabrik zum Wiederaufbau der Kirche hinreichen

Digitized by Google

oder nicht, b) ob bei der Ermittelung und Feſtſtellung der Inſuffizienz von der Verwaltungsbehörde die geſetzlichen Vorſchriften beobachtet, und ob insbeſondere c) die Beiträge nach dem Verhältniſſe des zur Anwendung kommenden Steuerfußes richtig berechnet worden ſeien, gehören nicht zur Cognition der Gerichte. — Dieſe haben vielmehr nur im Grundſatze zu entſcheiden, ob eine Beitragspflicht vorhanden ſei.

Die Beſtimmung des Art. 4 des Geſetzes vom 14. Februar 1810, daß mehrere Gemeinden, welche zu dem nämlichen Pfarrſprengel gehören, nach Maßgabe der von ihnen aufzubringenden Grund- und Mobilar-Steuer zu den Koſten des Kirchenbaues beitragen müſſen, iſt analogiſch auch auf diejenigen Gemeinden auszudehnen, welche der qu. Pfarre nur zum Theile angehören.

Eines beſondern Geſetzes für die Umlagen zur Beſtreitung der Koſten eines Kirchenbaues bedarf es nicht mehr.

Die Förmlichkeiten, deren Erfüllung der Art. 103 des Dekrets vom 30. Dezember 1809 verlangt, bevor eine außerordentliche Abgabe für die Koſten des Gottesdienſtes von den Gemeinden erhoben werden kann, ſind die in dem Geſetz vom 14. Februar 1810 vorgeſchriebenen.

Kathol. Kirchen-Vorſtand zu Holzheim — Gemeinde Neuß.

Zu der katholiſchen Pfarrgemeinde Holzheim gehört unbeſtrittener Maaßen auch der in der Civil-Gemeinde Neuß gelegene ſog. Nierenhof. Nachdem daher im Jahre 1842 der Neubau einer katholiſchen Kirche zu Holzheim durch eine Umlage auf die Gemeindemitglieder erfolgt war, klagte der dortige Kirchenvorſtand gegen die Civil-Gemeinde Neuß auf Zahlung eines Beitrages zu den desfallſigen Koſten mit 389 Thlr. 4 Sgr. 5 Pfg. als des auf dieſe nach Maaßgabe der auf den Nierenhof repartirten Grund- und Claſſen-Steuer fallenden Antheils; er berief ſich dabei auf die Beſtimmungen des Geſetzes vom 14. Februar 1810 Art. 4 und des Geſetzes vom 14. März 1845.

Digitized by Google

Die verklagte Civil-Gemeinde Neuß setzte der Klage folgende Einreden entgegen:

a) eine Civil-Gemeinde sei nach den Gesetzen vom 30. Dezember 1809, 14. Februar 1810 und 14. März 1845 nur dann zu den Kosten von Kirchenbauten zu contribuiren verpflichtet, wenn das Vermögen der Kirchenfabrik nicht ausreiche; daß dieß in Holzheim der Fall gewesen, werde bestritten und sei wenigstens nicht nachgewiesen;

b) der Art. 4 des Gesetzes vom 14. Februar 1810 *) sei in casu nicht anwendbar, da derselbe unterstelle, daß eine Pfarre aus mehreren ganzen Civil-Gemeinden bestehe, nicht aber, daß — wie in vorliegendem Falle — nur ein einzelner Theil einer Gemeinde mit einer ganzen andern Gemeinde zu einem Pfarrverbande gehöre;

c) durch die Art. 102 und 103 des Gesetzes vom 30. Dezember 1809 sei bei Verlust aller Ansprüche vorgeschrieben, daß die Gemeinden, welche zu den in Rede stehenden Kosten beizutragen verpflichtet werden sollten, vor dem Beginne des Baues zur Mitwirkung an demselben und zur Theilnahme an den Berathungen und Abstimmungen zugezogen werden müßten, — was hier nicht geschehen sei.

Hierauf erwiderte der klagende Kirchenvorstand:

ad a) Die Insuffizienz des Fabrikvermögens sei — wenn überhaupt deren Nachweis erforderlich — durch die bloße Erklärung des Kirchenvorstandes, jedenfalls aber durch die von der Kgl. Regierung zur Aufbringung der Kosten aus Gemeindemitteln ertheilte Genehmigung erwiesen;

ad b) Der Art 4 des Gesetzes vom 14. Februar 1810 lasse weder nach seiner Wortfassung noch auch nach seiner Ratio eine Beschränkung auf den Fall zu, wo mehrere ganze Civil-Gemeinden zu einem Pfarrbezirke gehören, es müsse derselbe vielmehr überall Platz greifen, wo die Grenzen eines Pfarrbezirks in einen andern Gemeindebezirk hinüber greifen;

*) Derselbe lautet: lorsqu'une paroisse sera composée de plusieurs communes, la repartition entre elles sera au marc le franc de leurs contributions respectives, savoir u. s. w.

Digitized by Google

ad c) Es würde überflüssig gewesen sein die verklagte Civil-Gemeinde Neuß zu den dem Baue vorhergegangenen Berathungen hinzuzurufen, indem dieselbe von jeher jede Beitrags-Pflicht geweigert habe; eine solche Berathung sei überhaupt nur für den Fall einer Levée extraordinaire vorgeschrieben, nicht aber zur Entscheidung der hier zunächst vorliegenden Streitfrage: ob die Stadt Neuß beitragspflichtig sei; zudem sei sowohl die Nothwendigkeit des Baues als auch die Kostenvertheilung durch die von der Kgl. Regierung ertheilte Genehmigung festgestellt; es stehe daher der Verklagten in dieser Beziehung eine Einrede nicht zu.

Durch Urtheil vom 22. April 1844 wies das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf die Klage als unbegründet ab, indem es zwar nicht auf die sub a und b erhobenen Einreden einging, wohl aber den Einwand sub c adoptirte, daß nämlich die verklagte Gemeinde Neuß zu den qu. Beiträgen um deßwillen nicht verpflichtet sei, weil sie zu den desfallsigen Berathungen nicht zugezogen worden.

Gegen dieses Urtheil legte der kathol. Kirchenvorstand zu Holzheim die Berufung ein, zu deren Rechtfertigung sein Anwalt die oben erwähnten, der Klage entgegengesetzten Einreden nochmals beleuchtete und insbesondere die von dem Urtheil a quo als begründet angenommene Einrede sub c durch die Ausführung zu widerlegen suchte, daß die Bestimmungen über die Berathungen der verschiedenen Gemeinderäthe nur als Verhaltungsregeln, als Instructionen für die Verwaltungsbehörden zu betrachten, dagegen aber bei der von den Gerichten zu entscheidenden Frage über die Beitragspflicht ohne allen Einfluß seien, daß übrigens auch diese Bestimmungen den Rechten des appellantischen Kirchenvorstandes um so weniger präjudiziren könnten, als dieser ja nicht einmal berechtigt gewesen sein würde, die betreffenden Gemeinderäthe zur Berathung zusammen zu berufen, dieß vielmehr lediglich Sache der Verwaltungsbehörde, des Landrathes, gewesen sei, und wenn dieser eine solche Zusammenberufung unterlassen habe, die desfalls vorzubringenden Beschwerden nicht vor die Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörden gebracht werden mußten.

Seitens der appellatischen Gemeinde berief man sich zur Entkräftung der Berufung im Wesentlichen auf die Motive

Digitized by Google

des ersten Richters und die Verfügungen der Art. 2 und 3 des Gesetzes vom 14. Februar 1810.

Das öffentl. Ministerium schloß sich den Anträgen des appellantischen Anwalts an und der A. G. H. erließ alsdann folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E. daß der Art. 92 des kaiserlichen Dekrets vom 30. Dez. 1809 die Civilgemeinden zur Tragung der im Art. 37 benannten Cultus-Kosten für den Fall verpflichtet, daß die Einkünfte der Kirchenfabrik dazu nicht hinreichen, und im Art. 94 sodann näher bestimmt wird, in welcher Weise und von welcher Behörde die Insuffizenz der Kirchenfabrik zu prüfen und festzustellen sei, wenn es sich von großen Reparaturen oder dem Wiederaufbaue einer Kirche handelt;

Daß die Kgl. Regierung in ihrer Verfügung vom 22. April 1841 sich dahin erklärt hat, daß die Einkünfte der Kirchenfabrik von Holzheim zur Bestreitung der durch den Wiederaufbau der Kirche erforderlichen Kosten nicht hinreichen, und es bei dieser Entscheidung um so mehr sein Bewenden haben muß, als die Frage: ob bei der Ermittelung und Feststellung dieser Insuffizienz von der Verwaltungsbehörde die gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden seien, nicht zur Competenz der Gerichte gehört;

J. E. daß der Art. 4 des Gesetzes vom 14. Februar 1810 allgemein bestimmt, daß die Kosten des Kirchenbaues von mehreren Gemeinden, die zu dem nämlichen Pfarrsprengel gehören, nach Maaßgabe und im Verhältnisse der von ihnen aufzubringenden Grund- und Mobilar-Steuer zu tragen seien; daß zwar nach den Worten: lorsqu'une paroisse sera composée de plusieurs communes der Gesetzgeber zunächst und speziell den Fall vor Augen gehabt zu haben scheint, daß ein einziger Pfarrsprengel mehrere ganze Gemeinden umfasse und die Appellatin, welche nur mit einem kleinen Theile, dem Nierenhofe, der Pfarre von Holzheim angehört, eben deswegen die Anwendbarkeit des bezogenen Gesetzes auf den untergebenen Fall, so wie ihre Beitragspflicht bestreitet, daß es indessen sowohl nach dem Sinne und dem Wortlaute des Gesetzes, als nach der unverkennbaren Absicht des Gesetzgebers einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen kann, daß die für die ganzen Gemeinden ausgesprochenen Grundsätze ana-

Digitized by Google

logisch auch auf die Gemeinden, die der Pfarre nur zum Theile angehören, in der Weise zur Anwendung kommen müssen, daß diese Gemeinden, wie es hier geschehen ist, nach Maaßgabe der von ihrer Betheiligung zum Pfarrsprengel aufzubringenden Grund- und Mobilar-Steuer zum Beitrage der Baukosten herangezogen werden können;

J. E. daß zwar der Art 3 des bezogenen Gesetzes für die Anleihen und Umlagen zur Bestreitung der Kosten eines Kirchenbaues jedesmal ein besonderes Gesetz erfordert, wenn diese den Betrag von 900 Francs übersteigen, daß diese Bestimmung jedoch bei der spätern Organisation der Preußischen Staatsverfassung und namentlich durch § 2 Nro. 5 und 6 der Instruktion zur Geschäftsführung der Regierungen vom 23. Oktober 1817, wodurch alle geistlichen Verwaltungs-Angelegenheiten und das ganze Communalwesen, in so weit dem Staate eine Einmischung darüber vorbehalten worden, den Regierungen übertragen wurden, so wie insbesondere auch durch die Cabinetsordre vom 4. Dezember 1826 außer Anwendung gekommen ist, und hiernach die Einrede der Appellatin, daß es zur Rechtfertigung der gemachten Anleihe und Umlage nach dem heutigen Staatsrechte an der erforderlichen Cabinetsordre fehle, keine Berücksichtigung verdient;

J. E., daß das Dekret vom 30. Dezember 1809 für alle Fälle, wo die Civilgemeinden bei der Unvermögenheit der Kirchenfabriken zur Tragung der Cultuskosten herangezogen werden sollen, die Mitwirkung und das Gutachten derselben erfordert, und diese Mitwirkung rücksichtlich der großen Reparaturen und Neubauten einer Kirche insbesondere im Art. 95 regulirt; daß diese Vorschriften jedoch sämmtlich nur Instruktionen für die Verwaltungsbehörde enthalten, deren Nichtbeachtung der Appellatin wohl möglicher Weise zu einer Beschwerde im verfassungsmäßigen Wege des Rekurses an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde Veranlassung geben, niemals aber Gegenstand einer Entscheidung der Gerichte werden konnte, welchen eine Critik des Verfahrens der Administrativ-Behörde in dieser Weise nicht zusteht;

Daß aber auch abgesehen hiervon aus der Nichtbeachtung der im Art. 95 enthaltenen Bestimmungen, jedenfalls nicht die Schlußfolge gezogen werden kann, welche die Appellatin für sich in Anspruch nimmt, daß nämlich das Verbot des Art. 103 l. c. von den Gemeinden keine außerordentlichen

Digitized by Google

Umlagen zu erheben, bevor die Förmlichkeiten erfüllt seien, welche das Gesetz vorschreibt, keineswegs auf die unmittelbar vorhergehenden Bestimmungen des nämlichen Erlasses, der sich in seiner Ueberschrift selbst nicht als ein Gesetz, sondern nur als ein Dekret kund gibt, bezogen werden kann; daß darunter vielmehr dasjenige Gesetz über die Einkünfte der Kirchenfabrik verstanden werden muß, welches nach den Verhandlungen bei Abfassung des Dekretes von 1809 in Aussicht gestellt wurde; daß dieses Gesetz kein anderes als jenes vom 14. Febr. 1810 ist, wie dieses auch schon daraus hervorgeht, daß dasselbe, obgleich seinem Datum nach später erlassen, doch bereits durch die Eintragung in das 267. Bülletin gesetzliche Kraft erhielt, während das Dekret vom 30. Dez. 1809 erst weit später durch das 303. Bülletin publizirt wurde; daß nun aber die Förmlichkeiten des Art. 95 in dem Gesetze vom 14. Februar 1810 nicht enthalten sind, das Verbot des Art. 103 daher auch auf dieselbe nicht bezogen werden kann;

J. E. daß, wenn nun auch einerseits nicht gezweifelt werden kann, daß die Gerichte wohl befugt sind zu entscheiden, ob im untergebenen Falle die Appellatin unter den obwaltenden Umständen zum Beitrage des Kirchenbaues von Holzheim nach Maaßgabe des Gesetzes vom 14. Februar 1810 überhaupt verpflichtet ist, andererseits die Frage: ob die Vertheilung unter den beitragspflichtigen Gemeinden eine rechtmäßige gewesen und insbesondere, ob die von der Appellatin als Beitrag geforderte Summe nach dem Verhältniß des zur Anwendung kommenden Steuerfußes richtig berechnet worden sei? nach §. 8 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 eben so gewiß zur ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde gehört; daß daher auch die gegenwärtige Entscheidung ohne die von der Appellatin geforderte Summe ihrem Betrage nach in Erwägung ziehen zu können, sich nach dem Subsidiarantrage des Appellanten auf die Feststellung des Grundsatzes beschränken muß;

J. E., daß nach dem Ausgeführten der Appellant durch das angegriffene Urtheil beschwert erscheint und dasselbe der Reformation unterliegt.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 22. April 1848, erklärt, an dessen **Statt zu Recht erkennend, die Appellatin verpflichtet zu den**

Digitized by Google

Kosten des im Jahre 1842 vollendeten Neubaues der Kirche zu Holzheim nach Maaßgabe der auf den Nierenhof repartirten Grund- und Classensteuer beizutragen, legt derselben die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 22. Oktober 1849.

Advokaten: Kyll — Compes.

Schenkung. — Disponible Quote. — Vindikation. — Retentionsrecht.

Die Erben des Schenkers können sich gegen den Schenknehmer, welcher die ihm geschenkte Sache gegen sie vindicirt, dadurch nicht im Besitze der geschenkten Sache behaupten, daß sie behaupten und zu beweisen erbieten: daß die disponible Quote durch die Schenkung überschritten worden sei. Art. 922, 924, 928, 929, 930 B. G. B.

Müller — Weber.

Peter Weber war zu Opladen unter der alten Gesetzgebung mit Elisabeth Büscher verheirathet; aus dieser Ehe stammt die Appellantin Maria Catharina Weber, Witwe Wilhelm Müller. Die zweite Ehe des Peter Weber mit Anna Gertrud Witzhelden blieb kinderlos; er schritt zur dritten Ehe mit Gudula Angelo und starb am 23. Januar 1848 mit Hinterlassung seiner Wittwe und vier in dieser Ehe gezeugten noch minderjährigen Kinder, der dermaligen Appellaten.

Peter Weber hatte durch Schenkungsakt vor Notar Deycks zu Opladen vom 9. Februar 1831 seiner Tochter aus erster Ehe a) seinen Antheil an allen während seiner ersten Ehe erworbenen Immobilien, und b) die in seiner zweiten Ehe mit der ebenfalls verstorbenen Anna Gertrud geb. Witzhelden erworbenen und ihm durch letztwillige Verfügung dieser zweiten Ehefrau zum Eigenthume zugewandten Güter, ausschließlich jedoch des zu Feldsiefen gelegenen Gütchens, geschenkt, so daß durch diese Schenkung die Tochter vollkommen Eigenthümerin des ganzen zu Opladen gelegenen Gütchens mit allen dazu gehörigen Gebäuden und Grundstücken werden sollte; jedoch hatte er sich die Nutznießung während seines Lebens vorbe-

Digitized by Google

halten; diese Schenkung war in dem nämlichen Akte von der Tochter unter Ermächtigung ihres Ehemannes acceptirt worden.

Nach dem Tode des Vaters erklärte dieselbe durch ihren Spezial-Mandatar am 8. Februar 1848 im Sekretariate des Kgl. Landgerichtes zu Düsseldorf, daß sie sich mit ihrer Schenkung begnügen wolle, und daß sie auf den ferneren Nachlaß ihres Vaters verzichte.

Am 19. Februar ließ sie diese Erklärung der Witwe Weber signifiziren, und da die Abtretung der Güter nicht erfolgte, so wurde am 4. März 1848 die Klage auf Abtretung der Güter, welche namentlich in der Ladung aufgeführt sind, beim Landgericht zu Düsseldorf angehoben, und diese Klage auf das angegebene Sachverhältniß gestützt.

Durch Contumazial-Urtheil vom 15. Juli 1848 wurde der Antrag der Klägerin zugesprochen.

Von Seiten der Beklagten wurde Einspruch gemacht, und die Behauptung aufgestellt, daß sie zur Abtretung der geschenkten Güter nicht verpflichtet seien, bevor nicht ausgemittelt worden, daß die disponible Quote nicht überstiegen sei, was sie behaupteten; sie trugen deswegen darauf an, die Opposition anzunehmen und das Erkenntniß wieder einzuziehen, sodann ihnen zu beurkunden, daß sie bereit seien, der Klägerin die von ihrer Mutter ererbten Immobilien, so wie die von dem Peter Weber derselben geschenkten Immobilien, letztere jedoch nur bis zum Betrage der disponiblen Quote und zwar, nachdem es nachgewiesen sei, welche Immobilien ererbt resp. geschenkt worden, auszuantworten, desgleichen auch die Percepten seit dem Todestage des Erblassers zu erstatten; zum Zwecke dieser Ermittelung die Parteien vor Notar zu verweisen, und zu verordnen, daß die im Testamente beschriebenen Immobilien ihrem wahren Werthe nach zur Zeit des Todes des Schenkgebers Peter Weber abgeschätzt werden. —

Dagegen wurde von dem Anwalte der Oppositin erwidert, daß die Opponenten nicht das Recht hätten, eine der Oppositin in Folge eines executorischen Schenkungs-Aktes zugedachte Sache zu retiniren, daß die Frage, ob wirklich die Kinder der dritten Ehe im Pflichttheile verletzt worden, in dem gegenwärtigen Vindications-Prozesse nicht, wohl aber in einer Erbtheilungsklage zur Sprache kommen könne; daß selbst in dem Falle, wo eine Verletzung des Pflichttheils vor-

Digitized by Google

handen sei, je nach den Umständen und der Beträchtlichkeit der Verletzung nur ein Ersatz in Geld und keine Collation in natura nothwendig würde, und daß der höchst illiquide Anspruch der Opponenten, welcher in dem bezogenen Inventar schon seine Widerlegung finde, mit dem liquiden Anspruche der Oppositin nicht annullirt werden könne; diesemnach wurde auf Verwerfung des Einspruches angetragen.

Durch Urtheil vom 18. September 1848 erkannte das Kgl. Landgericht wie folgt:

J. E., daß Verklagte zwar den Besitz der in Anspruch genommenen Immobilien nicht läugnen, daß auch aus dem von ihnen selbst bezogenen und vorgelegten Inventar, welches auf ihr Anstehen und nachdem die Klägerin dazu gehörig vorgeladen war, am 25. Februar, 9. und 17. März c. durch Notar Vogt über den Nachlaß des Erblassers des am 23. Januar d. J. gestorbenen Peter Weber aufgenommen ist, sich ergiebt, daß die jetzt in der Klage aufgeführten Grundstücke sämmtlich aus der ersten Ehe des Weber, oder von dessen zweiter Ehefrau herrühren, welche den Gegenstand der Schenkung vom 9. Februar 1831 bilden; daß daher nur zu prüfen ist, ob die Verweigerung der Herausgabe derselben durch die behauptete Pflichttheils-Verletzung sich rechtfertige;

J. E., daß nur die Zeit des Todes maaßgebend für die Frage ist, ob Pflichttheil-Berechtigte vorhanden seien, und der wievielste Theil des Vermögens den gesetzlichen Vorbehalt bilde, Art. 913 des B. G. B., daß aber bei der Frage, woraus dieses Vermögen besteht, nach Art. 922 des B. G. B. zu dem wirklich nachgelassenen Vermögen die bei Lebzeiten gemachten Schenkungen hinzugerechnet werden sollen; daß also die in Rede stehende Schenkung nicht deshalb bei Bildung der Vermögens-Masse des Erblassers zum Zwecke der Berechnung des Vorbehalts außer Ansatz bleiben kann, weil zur Zeit ihrer Errichtung die jetzigen Verklagten noch nicht lebten; daß, wenn also dieselben bei Berechnung des gesetzlichen Vorbehalts mit in Betracht kommt, sie allerdings einer Reduction unterliegen muß, wenn jener im gegenwärtigen Falle drei Viertel des ganzen Vermögens betragende Vorbehalt durch sie verletzt wäre;

J. E., daß Verklagte durch ihre Anträge den Beweis dieser Verletzung führen wollen, und daher die Frage entsteht,

Digitized by Google

ob sie befugt sind, die Immobilien in Besitz zu behalten, bis jene Reduction erfolgt ist;

J. E., daß in der Regel bei einer Schenkung von Immobilien über die disponible Quote hinaus die Immobilien in natura zu restituiren sind, und sogar gegen Dritte vindicirt werden können; Art. 867, 922 und 930 des B. G. B.; daß also hier die Schenkung selbst nur soweit besteht, als sie die disponible Quote nicht übersteigt, und daher die Erben nicht zur sofortigen Herausgabe der geschenkten Immobilien verpflichtet sein können, wenn sie den Beweis erbieten, daß die Schenkung die disponible Quote übersteige;

J. E., daß im vorliegenden Falle es sich von einer Schenkung von Immobilien durch einen Ascendenten an einen Descendenten mit Vorbehalt des Nießbrauches handelt;

Daß nach Art. 918 des B. G. B. dergleichen Verträge zwar unbedingt als Schenkung angesehen werden sollen, daß aber hierbei das Besondere eintritt, daß, wenn die Schenkung die disponible Quote übersteigt, nicht ein Theil der Immobilien selbst, sondern deren Werth erstattet werden muß, daß also, wenn hier an die Stelle der Sache selbst deren Werth tritt, daraus gefolgert werden muß, daß auch die Herausgabe der geschenkten Immobilien nur gegen gleichzeitige Erstattung des betreffenden Theiles des Werthes verlangt werden kann;

J. E. daß dies auch allgemeinen Grundsätzen entspricht, da die Pflicht zur Herausgabe der Immobilien, ebenso wie die zur Erstattung des betreffenden Werthes auf dem Schenkungsvertrag und den dadurch begründeten Rechtsverhältnissen in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften über den Vorbehalt beruht, und daher beide Verbindlichkeiten aus demselben Rechtsgeschäft entstehen; Art. 1135 des B. G. B.;

Daß aber kein Theil die Erfüllung eines Vertrages verlangen kann, so lange er seinerseits nicht ebenfalls zur Erfüllung seiner aus diesem Vertrage entstehenden Verbindlichkeiten bereit ist;

J. E., daß nun zwar Kläger die Ueberschreitung der disponiblen Quote und die Verpflichtung zur Erstattung eines Theiles des Werthes in Abrede stellen, daß aber daraus nur folgt, daß Verklagte den Beweis darüber zu führen haben; daß sie sich dazu auch erboten, und ihre darauf hinzielenden Anträge sachgemäß erscheinen;

Aus dieſen Gründen
nimmt das Kgl. Landgericht, in erſter Inſtanz erkennend, die Oppoſition gegen das Contumacial-Urtheil vom 15. Juli c. der Form nach an, gibt den Verklagten auf, zu beweiſen, daß und um wie viel die durch den Akt vom 9. Feb. 1831 an die Klägerin gemachte Schenkung den disponiblen Theil des Vermögens des am 23. Januar 1848 geſtorbenen Peter Weber überſteige; verweiſet zur Bildung des Beſtandes dieſes Vermögens und Feſtſtellung der disponiblen Quote die Parteien vor den Notar Vogt in Gladbach, verordnet die Abſchätzung der in dem Akte vom 9. Februar 1831 geſchenkten, in der Klage aufgeführten, ſo wie der ſonſt etwa zum Nachlaß des Peter Weber gehörigen, oder von ihm anderweit verſchenkten Immobilien, u. ſ. w.

Auf die gegen dieſes Urtheil von der Wittwe Müller eingelegte Berufung wiederholten beide Theile die in erſter Inſtanz geltend gemachten Rechtsausführungen, und ſtritten namentlich über das Vorhandenſein des Retentionsrechts im vorliegenden Falle. Das öffentl. Miniſterium war der Anſicht, die Appellantin ſei untergebens, wie eine dritte von dem Erblaſſer beſchenkte Perſon zu betrachten, welcher von den Erben der Einwand entgegengeſetzt werde, daß die Schenkung den Pflichttheil verletze. Wenn auch das Eigenthum der geſchenkten Sache zu Lebzeiten des Vaters auf die Appellantin übergegangen ſei, ſo habe ſich alsbald nach deſſen Tode das rechtliche Verhältniß in der Weiſe geändert: daß im Falle der Verletzung des Pflichttheils die Appellantin nicht alleinige Eigenthümerin der geſchenkten Sache, ſondern Appellaten verhältnißmäßig Miteigenthümer daran ſeien. Daß es ſich hier nicht von einem bloß obligatoriſchen Gegenanſpruche und von einem Retentionsrechte handele, ſondern von dem der Vindicationsklage direkt entgegentretenden Miteigenthum: beweiſe der Art. 929 des B. G. B., zufolge deſſen bei Durchführung der Reduktionsklage alle von dem Beſchenkten auf die Sache gelegten Laſten hinwegfallen, ferner die Bezeichnung der Klage als revendication im Art. 930, ſodann auch namentlich der Art. 924, welcher ausnahmsweiſe nur den successibles geſtattet, die ihnen geſchenkten Güter gegen ihren Anwalt in der Maſſe zu verrechnen und verhältnißmäßig in natura zu behalten; ſo daß in der Regel, und auch im vorliegenden Falle, die Verletzung des Pflichttheils einen

Digitized by Google

entsprechenden Theil des dinglichen Rechts des Beschenkten aufhebe. Die Behauptung der Appellaten: daß solches Verhältniß vorliege, trete der Vindikationsklage der Appellantin direkt entgegen und es müsse der Beweis der Verletzung des Pflichttheils und des daraus für die Appellatin folgenden Miteigenthums als präjudicirlich für die Vindicationsklage angesehen werden.

Der Hof reformirte indessen wie folgt:

J. E., daß die Appellantin, welche auf den Nachlaß ihres Vaters verzichtet hat, nach Art. 785 des B. G. B. so angesehen werden muß, als wäre sie nie dessen Erbin gewesen; daß folglich alle Bestimmungen jenes Gesetzbuches über die Collationspflicht der Miterben auf den vorliegenden Fall unanwendbar sind und derselbe lediglich nach den in den Art. 913 bis 930 über den Pflichttheil und die Beschränkung freigebiger Verfügungen enthaltenen Vorschriften, so wie nach den anderweit einschlagenden Gesetzesstellen bemessen werden muß;

J. E., daß der Vater der Appellantin sich durch die dieser am 9. Februar 1831 gemachte Schenkung sofort des Eigenthums der geschenkten Güter entäußert hat (Art. 894) und die durch ihn vorbehaltene Nutznießung mit seinem Tode erloschen ist, er somit im Augenblicke seines Absterbens kein Recht mehr besaß, das er auf seine Erben hätte übertragen können und dessen Besitz von Rechtswegen nach Art. 724 überkommen wäre;

Daß auf der andern Seite aber der factische Besitz, worin die Appellaten verblieben sind, dem nachgewiesenen vollkommenen Eigenthum der Appellantin gegenüber ohne allen rechtlichen Werth ist; daß zwar das Gesetz den Appellaten, als Kinder ihres verstorbenen Vaters, unabhängig von den durch diesen getroffenen Verfügungen einen Pflichttheil gewährt und sie denselben unbedenklich im Wege der Einrede geltend machen konnten; daß aber diese noch zur Zeit unerwiesene und von der Appellantin ausdrücklich bestrittene Einrede sie nicht ermächtigt, sich eigenmächtig im Besitze der geschenkten Güter zu behaupten, da der Gesetzgeber ihnen nicht nur nirgendwo ein Retentionsrecht zugestanden, sondern grade das Gegentheil verordnet hat;

Daß, wenn endlich der Art. 922 bei Berechnung des Pflichttheils die geschenkten Güter im Gegensatz der Vermächtnisse

Digitized by Google

nur fiktiv zur Maſſe geſchlagen haben will, hieraus nothwendig folgt, daß der Schenknehmer in ſeinem Beſitze nicht beunruhigt werden ſoll;

Daß dies noch klarer aus dem Art. 928 hervorgeht, indem derſelbe bei eintretender Reduction der Schenkung dem Schenknehmer die Erſtattung der Früchte ſeit dem Todestage des Erblaſſers auferlegt, folglich ihm den Genuß der geſchenkten Gegenſtände zubilligt;

Daß, indem alſo der vorige Richter die Abtretung der von der Appellantin vindizirten Güter von der Ermittelung des den Appellaten gebührenden Pflichttheils abhängig gemacht hat, erſtere um ſo mehr beſchwert worden iſt, als in der Klage auch deren mütterliche Güter einbegriffen ſind, auf dieſe aber letztere ſelbſt keine Anſprüche erhoben und ſolche bei Berechnung des Pflichttheils außer allem Anſatz bleiben müſſen;

J. E., daß der erſte Richter zur Ermittelung des Pflichttheils der Appellaten die Aufſtellung der väterlichen Vermögensmaſſe vor einem Notar und gleichzeitig auch die Abſchätzung durch Sachverſtändige ſowohl der in der Klage enthaltenen als aller ſonſtigen vom gemeinſchaftlichen Vater herrührenden Realitäten verordnet hat; daß beide Auflagen völlig ſachgemäß ſind, die zweite jedoch näher dahin beſtimmt werden muß, daß einestheils auch das vom Vater herkommende Mobilar-Vermögen mit abgeſchätzt werden muß, da die in dem Inventar enthaltene Schätzung für die Appellantin nicht maßgebend iſt, anderntheils die Abſchätzung der Immobilarmaſſe ſo lange ausgeſetzt werden muß, bis die in der Klage mit enthaltenen mütterlichen Güter der Appellantin, worauf ſich der Pflichttheil nicht erſtreckt, von dem väterlichen abgeſondert ſind.

Aus dieſen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düſſeldorf vom 18. November 1848, in ſofern als dadurch der Zuſpruch der von der Appellantin eingeleiteten Vindikations-Klage von einem den Appellaten geſtatteten Beweiſe abhängig gemacht worden iſt, und an die Stelle des erſten Richters tretend, verwirft er den Einſpruch gegen deſſen Contumazial-Urtheil vom 15. Juli 1848, verwirft im Uebrigen die eingelegte Berufung, jedoch mit der Modifikation, daß

Digitized by Google

die erkannte erstrichterliche Abschätzung auch auf die väterliche Mobilarmasse auszudehnen und die Schätzung der Immobilien so lange auszusetzen sei, bis die der Appellantin zustehenden mütterlichen, jener Schätzung nicht zu unterwerfenden Güter von den väterlichen abgesondert sein werden, weiset die Parteien zur weitern Entscheidung in die erste Instanz zurück, u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 5. November 1849.

Advokaten: Müller — Compes.

Interlokut. — Zeugenbeweis. — Vollziehung. — Berufung.

Wer in Folge Interlokuts zum Zwecke des Zeugenbeweises eine, obgleich nicht zugestellte, Ordonnanz unter Vorbehalt der Berufung erwirkt, vollzieht das Interlokut, und kann vor dem Endurtheile davon nicht mehr appelliren.

Abels — Gde. Schiefbahn.

Die Entscheidung des obigen Satzes beruht im Wesentlichen auf denselben Motiven, wie die bereits im Archiv Bd. 40 S. 40 mitgetheilte. Es genügt daher, hier nur auf diese zu verweisen.

II. Senat. Sitzung vom 10. November 1849.

Advokaten: Herbertz — Forst.

Revindikation. — Grenzregulirungsklage. — Mutatio libelli.

Unterschiede zwischen einer Revindikation und einer Grenzregulirungsklage.

Eine Revindikation kann in der Appellinstanz nicht in eine Grenzregulirungsklage umgewandelt werden.

Adler — Ripplinger.

Nachdem Appellat Ripplinger in possessorio im Besitze eines zwischen ihm und seinem Nachbar Adler streitigen Platzes gehand-

Digitized by Google

habt worden war, ließen die Appellanten Adler denselben vor das Kgl. Landgericht in Trier laden und trugen in Uebereinstimmung mit der Ladung dahin an: den Verklagten zu verurtheilen, den Klägern die von ihrem auf dem Banne von Nohn, Distrikt Reinertsberg, gelegenen Grundstücke, anstoßend einerseits an den Gemeindewald, anderseits an das Grundstück des Verklagten, sich zugeeignete Strecke und zwar durch die ganze Länge desselben, an einem Ende 8½ Fuß und bis zum andern Ende, nämlich an Letzter'm 21 Fuß breit, wieder abzutreten und zur Verfügung der Kläger einzuräumen, den Klägern eine Entschädigung nach Status zu entrichten, so wie dem Verklagten die Prozeßkosten zur Last zu legen; subsidiarisch zu verordnen, daß durch einen Geometer eine Vermessung des erwähnten Grundstückes und des daran stoßenden Grundstücks des Verklagten vorgenommen und mit dem in dem Kataster enthaltenen Maaß dieser Grundstücke verglichen werde, jedenfalls auch die Kläger zu dem Zeugenbeweise darüber zuzulassen, daß:

1) vorbemeldetes Grundstück der Kläger früherhin viel größer, hingegen jenes daranstoßende des Verklagten viel kleiner war, wie jetzt;

2) daß nach und nach von Ripplinger — Schmitt von dem Stücke der Kläger abgefahren worden zur Seite des Verklagten hin, so daß den Klägern an ihrem Stücke an einem Ende 8½ Fuß und am andern Ende 21 Fuß fehlen;

3) daß Verklagter selbst zu einem Feldmesser äußerte, er wolle das Land, was er zu viel habe, zurückgeben, jedoch keine Kosten erstatten.

Durch Urtheil vom 24. Juni 1848 wurde die Klage als ungegründet abgewiesen.

Gegen dieses Urtheil legten die Eheleute Adler die Berufung ein und nahmen im Appellacte folgenden Antrag:

Der Appellations-Gerichtshof wolle das Urtheil a quo abändernd, den Appellaten und Verklagten verurtheilen, die von ihrem auf dem Banne von Nohn, District Reinertsberg, gelegenen Grundstücke, anstoßend einerseits an den Appellaten, sich zugeeignete Strecke und zwar durch die ganze Länge desselben, an einem Ende 8½ Fuß und an dem andern Ende 21 Fuß breit, wieder abzutreten und zur Verfügung der Appellanten wieder einzuräumen.

Digitized by Google

In der Audienz des Appellations-Gerichtshofes vom 4. Dezember 1848 nahm der Anwalt der Appellanten folgenden Antrag:

Geruhe der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichtes in Trier vom 24. Juni 1848 eingelegte Berufung anzunehmen, unter Aufhebung deſſelben, beſſer ſprechend für Recht zu erkennen, daß Appellat ſchuldig iſt, mit den Appellanten zur Feſtſtellung der zwiſchen ihren auf dem Banne von Nohn im Diſtricte Reinertsberg gelegenen Ackerſtücken durch den vom Appellaten bewerkſtelligten Abbau verloren gegangenen Grenze zu ſchreiten; desfalls

1) Ortsbeſichtigung unter Zuziehung eines Sachverſtändigen zu verordnen, zur Ermittelung a) der etwa noch vorhandenen Grenzmale, b) der Lage der beiderſeitigen Grundſtücke, deren Begrenzung und Beſchaffenheit;

2) die Appellanten zur Beweisführung durch Zeugen zuzulaſſen darüber:

1) daß das Grundſtück der Appellanten bis vor wenigen Jahren nach der Seite des Appellaten hin ein Flächenmaaß von 64 Ruthen und 60 Fuß, ſodann eine grade Linie gehabt und daß daſſelbe weſtlich um 8½ Fuß und öſtlich um 21 Decimalfuß breiter geweſen iſt;

2) daß Appellat ſelbſt bei der mit den Appellanten im Jahre 1847 vorgenommenen Grenz-Ermittelung den Abbau anerkannt und zur Abtretung jenes an ſeinem bei der Theilung auf 174 Quadratruthen beſtimmten Grundſtücke vorgefundenen Zuvielbetrages von 58 Ruthen ſich bereit erklärt hat;

3) daß bei der im Jahre 1817 vollzogenen Theilung die 5 neben einander gelegenen Stücke gleiches Maaß in Länge und Breite gehabt haben.

Zur Erledigung dieſes Beweisverfahrens die Sache zur erſten Inſtanz zurückzuweiſen, dem Appellaten die Koſten beider Inſtanzen zur Laſt zu legen, deren Diſtraction zum Vortheile des Staates und des Anwaltes zu verordnen.

Zur Begründung dieſes Antrags wurde angeführt:

Der Bann von Nohn ſei früher Gemeinde-Wild-Land geweſen, welches im Jahre 1817 oder 1818 unter die Gemeindemitglieder nach Maßgabe der Stockberechtigung vertheilt worden ſei.

Digitized by Google

Mit fünf andern Nachbarn seien die Eheleute Adler gleich stockberechtigt gewesen und jeder habe einen aliquoten Theil des Wildlandes in übereinstimmendem Maaße erhalten, welches aber durch die zwischen den Grundstücken der Parteien verloren gegangene Grenze auf Seiten der Appellanten nicht mehr vorhanden; dieser Theil sei durch Abbau zu dem Grundstücke des Appellaten eingezogen worden.

Für den Appellaten wurden die gegenseits artikulirten Thatsachen bestritten, und auf Verwerfung der Berufung angetragen.

Dieser Antrag wurde darauf gegründet: die Klage sei als Revindikation erhoben, als solche aber unbegründet, da das vindizirte Grundstück nicht gehörig bezeichnet, noch das Eigenthum an demselben bewiesen sei. Der Appellact laute auch auf Revindikation, dagegen habe der in der Appellinstanz formirte Antrag eine Grenzberichtigungsklage zum Gegenstande; diese enthalte einestheils eine unzulässige mutatio libelli, anderntheils sei sie ungegründet, da es sich hier nicht von Auffindung alter Grenzen handle.

Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, daß Appellanten zu der von ihnen erbotenen Beweisführung durch die von ihnen angegebenen Beweismittel zuzulassen seien. Es handele sich hier nicht von einem Grundstücke, welches selbstständig als solches, für sich, besessen und mit einer reinen vindicatio gefordert werde, sondern von einem kleinen Streifen Grenzlandes, in Ansehung dessen zwei Nachbarn streiten, ob es Theil des einen oder andern der aneinanderstoßenden Grundstücke sei. Nach dem Sachverhältnisse, wie es beiden Parteien hinlänglich bewußt, sei deshalb die ursprüngliche Klage und die Procedur in erster Instanz ihrem wahren Sinne nach als eine Grenzberichtigungsklage aufzufassen, bei welcher der Kläger bei einer äußerlich unsichtbaren Grenze zugleich einen bestimmten Grenzpunkt als den seinigen bezeichnet, und das Eigenthum bis dahin in Anspruch genommen habe, was als eine der verschiedenen Modifikationen, unter welchen die actio finium regundorum vorkommen könne, anerkannt werden müsse *).

*) Vgl. Hoffmann über das Wesen der actio finium regundorum und ihren Unterschied von der rei vindicatio im Arch. f. Civ. Prax. XXXI. Bd. 3. Heft S. 504. 520.

Selbſtredend müſſe freilich derjenige, welcher einen ſolchen Anſpruch gegen ſeinen (im Beſitze geſchützten) Nachbar erhebe, den Beweis für ſein Eigenthum bis zum behaupteten Punkte führen, und in dieſer Beziehung ſtehe die angehobene Klage mit der reinen vindicatio auf gleicher Linie. Wolle man aber die angehobene Klage wie eine reine rei vindicatio anſehen, ſo könne auch bei dieſer der Eigenthumsbeweis unter beſondern Umſtänden ſeine Beſonderheit haben. Es liege in der Natur der Verhältniſſe und der Art und Weiſe, wie bei uns Grundeigenthum erworben und beſeſſen wird, daß unmöglich für jeden Fuß (Grenzlandes) ein auf dieſen Fuß bezüglicher beſonderer Eigenthumsbeweis, wie über einen für ſich beſtehenden fundus geführt werden könne, weder die Titel- oder Grundbücher würden hiernach eingerichtet, noch ſei ein Verjährungsbeweis in ſolcher Schärfe möglich. Man könne deshalb nur gehalten ſein, über eine ſtreitige Grenzſtrecke durch Merkmale der Localität, durch Vermeſſungen, faktiſche Umſtände, oder Thatſachen nachzuweiſen, daß dieſe Strecke mit dem klägeriſchen Grundſtücke als dem Complexus, zu dem ſie gehöre, verbunden geweſen und ſpäterhin durch Uebergriffe des Nachbars zu deſſen Grundſtück gezogen worden ſei. Der einem Vindikanten obliegende Eigenthumsbeweis ſei alsdann hinlänglich dadurch erbracht, daß er unbeſtrittener Eigenthümer ſeines fundus ſei, und der Grenzſtreifen als zu dieſem Grundſtücke, nicht zu dem des Nachbars gehörig, anerkannt werden müſſe. In ſolchem Falle müßten die Mittel, welche zur gewöhnlichen Grenzberichtigung dienen auch dem Vindikanten für den von ihm genommenen Eigenthumsbeweis zu ſtatten kommen, in ſolchem beſondern Falle folge daraus, daß der Beklagte den Grenzſtreifen mit Unrecht beſitze, und zu ſeinem Lande gezogen habe, zugleich, daß der anſtoßende Kläger der wahre Eigenthümer dieſes Grenzſtreifens ſei, und der Antrag auf Aufſuchung von Grenzen erſcheine als bloße Beweisantretung über den behaupteten Umfang des Eigenthums*). Mithin habe, ſelbſt wenn die Procedur in erſter Inſtanz eine reine rei vindicatio dargeſtellt hätte, der Appellant durch ſeine Anträge in der Berufungsinſtanz, ſein libell nicht in unzuläſſiger Weiſe geändert; er habe nur verſchiedene Beweismittel zur Begründung ſeines urſprünglichen Petitums, geltend gemacht.

*) Vgl. Hoffmann l. c. S. 520. 525. 530.

Digitized by Google

Das Petitum des Appellanten sei übrigens in der ganzen Procedur im Wesentlichen dasselbe geblieben, und es scheine eine mit dem neuern und franz. Proceßrechte nicht übereinstimmende allzuformelle Behandlung zu sein,*) wenn man eine unzulässige mutatio libelli in der Procedur finden wolle. Die angebotenen Beweise entsprächen dem petitum, möge man es ein actio finium regundorum oder eine rei vindicatio nennen.

Der Appell.-Gerichts-Hof entschied indessen, wie folgt:

In Erwägung, daß, wie sich aus den Verhandlungen ergiebt, der heutige Appellant Joseph Adler im November 1845 auf der Grenzlinie, welche sein hier in Frage kommendes Ackerstück von jenem des Appellaten schied, der ganzen Länge der Stücke nach 2—3 Fuß breit abgebaut hat, und auf die desfalls von dem jetzigen Appellaten erhobene Besitzstörungsklage, durch Erkenntniß vom 18. Dez. 1845, wodurch der Letztere im ruhigen Annalbesitz geschützt wurde, zur Abtretung des abgebauten Streifen Landes verurtheilt worden ist;

Daß demnächst die Appellanten die Klage angestellt haben, welche dem gegenwärtigen Rechtsstreit zu Grunde liegt;

In Erwägung, daß dieselben in der Ladung, in ihrem Hauptantrag zu dem erstrichterlichen Urtheil, so wie in dem Berufungsakte, den Antrag gestellt haben: den Beklagten, nunmehrigen Appellaten, zu verurtheilen, ihnen die von ihrem bezeichneten Ackerstücke sich zugeeignete Strecke, und zwar durch die ganze Länge dieses Stücks, an einem Ende $8\frac{1}{2}$ Fuß, am andern Ende 21 Fuß breit, wieder abzutreten, und zu ihrer Verfügung einzuräumen;

Daß zur Begründung dieses Gesuches angeführt wurde, daß der Beklagte sich habe beigehen lassen, sich den vorhin angegebenen Flächenraum widerrechtlich anzueignen;

In Erwägung, daß es sich hiernach also in erster Instanz um eine petitorische Klage handelte, die, weil sie auf Abtretung eines bestimmt bezeichneten Theils von einem im rechtlichen Besitz des Beklagten befindlichen Grundstücke gerichtet und das Abtretungsgesuch auf das klägerische Eigenthum gestützt war, die Natur einer reinen Eigenthumsklage (vindicatio) gehabt hat;

Daß zum Beweis dieser von dem Beklagten in ihrem rechtlichen Fundament bestrittenen Klage auf Vermessung

*) Vgl. Hoffmann l. c. S. 530.

Digitized by Google

der beiderseitigen Grundstücke, deren Inhalt nicht einmal angegeben worden, so wie dahin angetragen war, daß die Kläger zum Zeugenbeweis darüber verstattet werden möchten, daß der klägerische Acker früher viel größer, jener des Beklagten aber viel kleiner, als dermalen gewesen; daß der letztere nach und nach den beanspruchten Streifen abgebaut und sich auch einmal gelegentlich geäußert habe, daß er dasjenige, was er zu viel besitze, herausgeben wolle;

Daß bei dieser Sachlage die erhobene Klage vom ersten Richter mit vollem Rechte abgewiesen worden ist, weil in der That das blos im steuerlichen Interesse errichtete Kataster beim Widerspruch des Beklagten, nicht geeignet war, den Mangel der über das Eigenthum sprechenden Urkunden zu ersetzen, und die weiter erbotenen Beweise, selbst in der Voraussetzung ihrer Zulässigkeit, für erheblich nicht erachtet werden konnten, da bei der vindicatio es nicht darauf ankommt, darzuthun, daß der Beklagte mit Unrecht besitze, sondern darauf, daß der Vindicant der wahre Eigenthümer sei;

C. 2. C. (4. 19.)
l. 5. D. (7. 6.)

J. E. daß der Principalantrag der Appellanten in dieser Instanz dahin gerichtet ist, unter Reformation des Urtheils wovon den Appellaten für schuldig zu erklären, mit ihnen zur Feststellung der zwischen ihren beiderseitigen Grundstücken verloren gegangenen Grenzen zu schreiten;

Daß diesem Petitum gemäß auch die weitern Anträge der Appellanten gestellt sind;

J. E., daß hiernach klar in die Augen springt, daß in dieser Instanz die ursprüngliche Vindicatio in eine Grenzberichtigungsklage umgewandelt ist;

Daß beide Klagen in ihrem rechtlichen Wesen ganz verschieden sind, indem

1. die Vindicatio rein dinglicher Natur ist, und in dem Fall, wo wie hier, ein genau bezeichnetes im Besitz des Beklagten befindliches Stück von einem ganzen Acker in Anspruch genommen wird, dieses Stück sich selbst als ein Ganzes (als ein fundus) darstellt, in Bezug auf welchen der vindizirende Kläger den vollen Eigenthumsbeweis zu liefern hat, und im Falle er dazu außer Stande ist, einfach mit seiner Klage abgewiesen wird;
2. die Grenzberichtigungsklage, wenn nicht rein persönlicher

doch jedenfalls gemischter Natur ist, zu den judiciis duplicibus gehört, auf Seiten des Klägers das Eigenthum an seinem Grundstück bis zu der wahren, aber erst wieder zu ermittelnden Grenze voraussetzt, und in ihrem Zweck auf Herstellung der wahren jetzt verwirrten, oder doch bestrittenen Grenzen gerichtet ist;

Daß der Unterschied beider Klagen in seinen praktischen Folgen darin hervortritt, daß der Gegenstand der Vindicatio genau bestimmt sein muß, während die finium regundorum diese genaue Bestimmung nicht erheischt; daß bei der Vindicatio die Beweislast dem Kläger, während bei der Grenz-Berichtigungsklage die Beweislast keiner Partei vorzugsweise obliegt; daß bei der erstern der nicht beweisende Kläger einfach abgewiesen wird, wogegen bei der letztern der Kläger, wenn die ermittelte Grenze in seinen aktuellen Besitz hineinfällt, zur Herausgabe des zu viel Besessenen verurtheilt werden kann; daß endlich der Vindicatio die exceptio der erwerbenden Verjährung entgegensteht, während der finium regundorum nur die 30jährige (erlöschende) Verjährung entgegengesetzt werden kann;

J. E. daß, wenn wie eben gezeigt worden, beide Klagen in ihrem rechtlichen Wesen verschieden sind, sich die Schlußfolge von selbst bietet, daß die in dieser Instanz geltend gemachte finium regundorum eine neue Klage darstellt;

J. E., daß nach der Bestimmung des Art. 464 der B. P. O. in der Appellinstanz eine neue Klage, insofern sie nicht eine Vertheidigung gegen die Hauptklage enthält, was untergebens nicht der Fall ist, nicht angestellt werden darf, somit aber die beabsichtigte Umänderung der Klage als unstatthaft verworfen werden muß;

J. E., daß folgeweise die in dieser Instanz erbotenen Beweise nur insofern in Betracht kommen können, als sie zur Begründung der ursprünglichen Klage geeignet sind;

J. E., daß jedoch beim Abgang der Theilungsurkunde, gemäß welcher die Appellanten das vindizirte Stück Land erworben haben wollen, auch den Beweisen, wie sie hier erboten sind, alle die Gründe entgegenstehen, durch welche der erste Richter die Abweisung der Klage gerechtfertigt hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H., ohne die von den Appellan-

Digitized by Google

ten in dieser Instanz erbotenen Beweise zu beachten, die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichts in Trier vom 24. Juni 1848 und verurtheilt die Appellanten in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 12. November 1849.

Advokaten: Hardung I. — v. Hontheim.

Falliment. — Zahlungseinstellung. — Zahlungsunfähigkeit. — Civilverbindlichkeit. — Domicilirter Wechsel. — Wechselprotest. — Einspruch gegen die Falliterklärung. Intervention der Gläubiger.

Die Einstellung der Zahlung von Handelsverbindlichkeiten genügt für sich allein zur Falliterklärung, sollte auch der Vermögensbestand anscheinend zur Deckung der Schulden hinreichen.

Die Nichtzahlung einer rein civilen Schuld kann zwar für sich allein die Falliterklärung nicht begründen, wohl aber bei Beurtheilung der Frage: ob eine wirkliche Zahlungseinstellung in Handelsschulden vorliege, in Betracht gezogen werden.

Auch ein einzelner Wechselprotest, und der Protest eines domicilirten Wechsels, kann unter Umständen zur Constatirung des Falliments dienen.

Der Einspruch gegen eine Falliterklärung ist dadurch nicht zu begründen, daß der Werth der Activa die Passiva übersteigen solle.

Der Einspruch des Falliten kann nicht aus dem Grunde angenommen werden, daß eine Anzahl von Gläubigern, und selbst diejenigen Gläubiger, welche die Fallimentserklärung erwirkt haben, interveniren und in die Aufhebung des Falliments einwilligen. Art. 437 des H. G. B.

Weinhagen — Collmann.

Der Prof. Richter zu Wien hatte gegen den zu Cleve wohnenden Kaufmann Napoleon Weinhagen aus einem von Letzterm übernommenen Mandate, die Immobilien des Richter

zu verkaufen, ein rechtskräftiges Urtheil auf eine nicht unbedeutende Geldsumme erwirkt, und ließ, da er nicht zur Befriedigung gelangen konnte, Mobilien und Waaren des Weinhagen pfänden; der Verkauf sollte am 14. September 1849 statt finden. Am 13. dess. M. beantragten fünf Handelsgläubiger des Weinhagen bei dem als Handelsgericht fungirenden Kgl. Landgerichte zu Cleve die Falliterklärung desselben, indem sie außer dem erwähnten Executionsverfahren theils protestirte Wechsel, theils briefliche Erklärungen des Weinhagen vorlegten. Am 14. September wurde die Falliterklärung ausgesprochen.

Hiergegen ergriff unter dem 22. September Weinhagen sowohl gegen den ernannten Agenten Collmann als gegen die fünf die Falliterklärung beantragenden Gläubiger das Rechtsmittel des Einspruchs, weil er am 14. September weder seine Zahlungen eingestellt habe, noch überhaupt im Sinne des H. G. B. zahlungsunfähig gewesen sei, ferner weil die in dem Gesuche der fünf Gläubiger behaupteten Thatsachen theils unrichtig theils unerheblich seien, auch die Forderung des Richter keine Handelsschuld darstelle, und deshalb hier nicht in Betracht kommen könne. Im Prozesse traten mehrere Gläubiger, namentlich auch die fünf Gläubiger, auf deren Antrag die Falliterklärung erfolgt war, so wie Richter, als Intervenienten dem Antrage des Weinhagen auf Aufhebung der Falliterklärung bei; indeß erklärte das Kgl. Landgericht die Intervention der Gläubiger für unstatthaft und den Einspruch für ungegründet.

Weinhagen legte Berufung gegen den Agenten ein. Er machte besonders geltend, die Forderung des Richter sei keine Handelsschuld, auch durch eine Verbürgung gedeckt, die deshalb angelegte Pfändung, welcher er sich habe aussetzen müssen, weil Richter keinen gehörigen Bevollmächtigten zum Empfange des Geldes bestellt gehabt, habe die Falliterklärung nicht veranlassen dürfen; diese Pfändung habe die Schritte seiner Handelsgläubiger hervorgerufen; hier käme aber nur ein protestirter Wechsel des Bankiers Latz in Betracht; es sei anerkannt, daß ein einzelner Protest zur Falliterklärung nicht genüge; (Broicher und Grimm Handels-Ges.-Buch zu Art. 437 Nro. 2.) zudem sei der Wechsel ein in Köln domizilirter gewesen, dort protestirt, und ihm in Cleve erst nach Ausbruch des Fallitments zur Zahlung vorgezeigt

Digitized by Google

worden, die Zahlung habe eben wegen der ausgesprochenen Falliterklärung nicht bewirkt werden können. Nach der von ihm eingereichten Bilanz ergebe sich noch ein Ueberschuß seines Vermögens im Betrage von 12,212 Thlr.; die sämmtlichen Handelsschulden betrügen nur die Summe von 2000 Thlr. und nach dem eignen Berichte des provisorischen Syndiks an den Oberprokurator erscheine der in der Bilanz angegebene Werth der Immobilien nicht übertrieben, wobei jedoch nicht zu verkennen sei, daß im Falle einer gezwungenen Veräußerung gegenwärtig ein viel niedrigerer Preis sich herausstellen würde.

Hiernach könne die Falliterklärung um so weniger sich als gerechtfertigt darstellen, als die im Urtheil a quo bezeichneten Gläubiger die Aufhebung des Fallitzustandes beantragt hätten.

Für den Appellaten wurde erwidert: daß bei der unbestrittenen kaufmännischen Eigenschaft des Appellanten die Berufung zunächst von der Frage abhange, ob der erste Richter mit Recht die stattgehabte Pfändung und die öffentliche Ankündigung des Verkaufs der Mobilien und Waaren des Appellaten in Verbindung mit den von den einzelnen Gläubigern und namentlich von den mit einem protestirten Wechsel versehenen Bankier Latz angegebenen Thatsachen, so wie die im Urtheile a quo angeführte Notorietät der Zahlungsunfähigkeit, als hinreichendes Motiv zur Falliterklärung habe ansehen können, und daß die zwar nur eine gewöhnliche Verpflichtung bildende Forderung des Richter nach Pardessus, C. de dr. comm. II. §§. 1093, 1100, 1118 in Verbindung mit den übrigen commerciellen Forderungen und der Notorietät den Antrag auf Verwerfung der Berufung begründe.

Mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums übereinstimmend, erging folgendes

Urtheil:

I. E., daß nach Art. 437 des H. G. B. der Handelsmann, welcher seine Zahlungen einstellt, sich im Zustande des Falliments befindet;

Daß wenn sich dabei aus der weitern Verfügung des Art. 441 ib. allerdings ergiebt, daß die Zahlungseinstellung sich auf Handelsverbindlichkeiten beziehen muß, doch aus den klaren Worten des Gesetzes unzweideutig zu entnehmen ist, daß

in dieſer letztern Vorausſetzung die Einſtellung der Zahlungen für ſich allein genügt, um den Fallimentszuſtand zu begründen;

Daß der Geſetzgeber hierbei zunächſt wohl von der Vorausſetzung ausgegangen ſein mag, daß die Zahlungseinſtellung bei einer wirklich vorhandenen Solvabilität des kaufmänniſchen Schuldners nicht erfolgen werde; daß dieſer Umſtand gleichwohl nicht zu der Annahme berechtigt, daß in dem Falle, wo der Vermögensbeſtand anſcheinend zur Deckung der Schulden hinreicht, ungeachtet der Zahlungseinſtellung, der Fallimentszuſtand nicht ausgeſprochen werden könne;

Daß der Geſetzgeber, wenn er dies gewollt, nothwendig die Ermittelung der materiellen Vermögenslage des Schuldners zur Vorbedingung der Fallimentserklärung hätte machen müſſen;

Daß derſelbe aber im Gegentheil das rein äußerliche Moment der Zahlungseinſtellung als Criterium für die Zahlungsunfähigkeit aufgeſtellt, und damit zur Genüge an den Tag gelegt hat, daß bei der Frage, ob der Fallimentszuſtand eingetreten ſei, lediglich auf jenes Criterium Rückſicht genommen werden könne;

Daß es hierbei auch nicht erforderlich iſt, daß der Schuldner alle Zahlungen eingeſtellt habe, weil es ſonſt ein Leichtes ſein würde, mittelſt einzelner vielleicht unbedeutender Zahlungen die der Fallimentserklärung zu Grund liegende Abſicht des Geſetzes zu vereiteln;

J. E., daß in facto nicht beſtritten werden kann, daß im Monat September Waaren und Mobilien des Appellanten auf Anſtehen von Franz Richter für eine Civilſchuld von circa 1800 Thlr. in Pfändung genommen worden ſind; — daß der Appellant ſodann zwei eigne bei A. u. L. Camphauſen in Köln domizilirte Wechſel im Betrage von 34 und 400 Thlr., wovon der erſtere, auf G. Müller in Remſcheid lautend, am 6., der zweite zu Gunſten von A. Latz in Cleve am 7. fällig war, nicht bezahlt hat, beide Wechſel daher proteſtirt wurden, ſo wie denn auch wegen eines dritten ähnlichen ebenfalls bei A. L. Camphauſen domizilirten Wechſels an die Ordre von A. Kahn in Köln im Betrage von circa 27 Thlr. am 15. September Mangels Zahlung bei Camphauſen gleichfalls Proteſt erhoben worden iſt;

Daß dieſe Thatſachen den Beweis liefern, daß der Appellant am 14. September, dem Tage, an welchem die Falli-

Digitized by Google

mentserklärung Statt gefunden, seinen Civilverbindlichkeiten eben so wenig als seinen handelsrechtlichen Verpflichtungen zu genügen im Stande gewesen ist, und daß er namentlich rücksicht ich der letztern seine Zahlungen eingestellt hat;

J. E., daß zwar den obigen Entwicklungen zufolge die Richter'sche Forderung, als rein civiler Natur, für sich nicht geartet ist, daß darauf hin eine Falliments-Erklärung hätte erfolgen können; daß dieselbe aber gleichwohl insofern in Betracht gezogen werden konnte, als sie die Veranlassung darbietet, weßhalb Appellant seine Handelsschulden nicht bezahlen konnte, und somit auf die kaufmännische Position desselben von unverkennbarem Einfluß gewesen ist;

Daß der Appellant zwar behauptet, daß er die Mittel zur Deckung jener Schuld in Bereitschaft gehabt und nur um deßwillen nicht gezahlt habe, weil ein qualifizirter Empfänger nicht vorhanden gewesen sei;

Daß wenn auch hierauf etwas ankommen könnte, der Appellant einen Beweis über das Vorhandensein der Baarschaft überall nicht erbracht hat; daß derselbe jedenfalls, wenn er den Schein des Zahlungsunvermögens, welcher durch den beinahe gänzlichen Mangel von Geldvorrath bei der Versiegelung, und seine unbedeutenden Ausgaben nach dem 30. August wesentlich verstärkt wird, von sich abwenden wollte, zur Deposition des Geldes hätte schreiten müssen, um sich auf diese Weise in dem ungeschmälerten Besitze seines Vermögens, und damit zugleich in seinem kaufmännischen Credite zu erhalten;

Daß der Appellant sodann die fernere Behauptung aufstellt, daß von der Richter'schen Forderung abgesehen, die Falliments-Erklärung lediglich auf den von Latz eingereichten, protestirten Wechsel gestützt sei, ein einzelner Wechsel-Protest aber formell zur Constatirung eines Falliments *dann um so weniger hinreiche*, wenn der deßfallsige Wechsel wie untergebens, ein domizilirter sei, und die Erhebung des Protestes nicht im wirklichen Domizil Statt gefunden habe;

Daß zuvörderst aber das Gesetz die Frage, ob eine wirkliche Zahlungseinstellung Statt gefunden, der Beurtheilung des Richters anheim gegeben, und dabei insbesondere nirgend ausgesprochen hat, daß ein einzelner Wechsel-Protest zur Constatirung des Fallimentes nicht hinreichen soll;

Daß im unterliegenden Falle der Appellant aber auch durch seine an ꝛc. Latz und den Advokaten Delhaes gerichteten

Schreiben vom 14. September selbst eingeräumt hat, daß er durch die von Richter ergriffenen Verfolgungsmaaßregeln in seinem Credit so erschüttert worden, daß ein Handelsgeschäft in Cleve für ihn zur Unmöglichkeit geworden sei, daß er deßhalb allen seinen Gläubigern augenblicklich nicht gerecht werden könne, daß er namentlich sich außer Stande finde, augenblicklich den Betrag der zu Gunsten von Latz ausgestellten Promesse ad 400 Thlr. zu bezahlen, und er diesem wie dem Delhaes, wenn sie nach Lage der Sache sein Falliment für unvermeidlich halten sollten, die geeignete Wahrnehmung ihres Interesses anheimgeben müßte;

Daß in diesen Erklärungen der Beweis einer wirklichen Zahlungseinstellung von Seiten des Appellanten um so mehr gefunden werden muß, als daraus zugleich hervorgeht, daß derselbe vor der Fallimentserklärung von dem bei Camphausen erhobenen Protest in Betreff des zu Gunsten des Latz ausgestellten Wechsels Kenntniß gehabt hat, und somit der auf den Mangel der Zustellung im wirklichen Domizil gegründete Einwand überall zerfällt;

Daß zu dem Allem noch hinzukömmt, daß außer dem Latz'schen Wechsel, auch noch die beiden Wechsel zu Gunsten von Müller und Kahn vorliegen, welche bei Würdigung der konkreten Verhältnisse vom ersten Richter ohne Zweifel mit in Betracht gezogen worden sind;

Daß diese Wechsel nach der Ansicht des Appellanten zwar, um deßwillen außer Betracht bleiben sollen, weil solche erst nach der Falliments-Erklärung von den Inhabern zur Zahlung remittirt worden seien;

Daß der Appellant gleichwohl für die Deckung dieser Wechsel jedenfalls vor dem 7. und 15. September zu sorgen hatte, und die nicht erfolgte Zahlung nach Lage der Verhältnisse auf sein Unvermögen zu zahlen, zurückgeführt werden muß;

Daß wenn nach allem diesem als feststehend angenommen werden muß, daß der Appellant zur Zeit der Falliments-Erklärung seine Zahlungen wirklich eingestellt hatte, auch auf den von ihm weiter geltend gemachten Umstand, daß er nach dem Proteste noch die fälligen anderweiten Forderungen bezahlt habe, nach den oben entwickelten Grundsätzen weiter nichts ankommen kann;

Daß es ferner nichts erhebt, wenn, wie der Appellant aus der von ihm dargelegten Bilanz und durch die Erklä-

Digitized by Google

rungen des Agenten Collmann darzuthun sucht, seine Aktiva die Passiva wirklich übersteigen sollten, da nach den obigen Erörterungen, die materielle Vermögenslage des Schuldners durch das äußere Factum der Zahlungseinstellung zurückgedrängt wird, der Appellant in concreto überdies in seinen oben beregten Schreiben, die mögliche Gefährdung der Interessen seiner Gläubiger nicht in Abrede gestellt hat;

Daß schließlich eine Anzahl der Gläubiger in die Aufhebung des Falliments nicht eingewilliget haben, und das letztere, da solches im Interesse der sämmtlichen Gläubiger ausgesprochen wurde, daher selbst unter Zustimmung der Majorität nicht aufgehoben werden könnte, um so weniger als bis jetzt die Zahl der wirklichen Gläubiger überall nicht festgestellt ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheil des Kgl. Handelsgerichtes zu Cleve vom 10. Oktober 1849 und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 19. November 1849.

Advokaten: Borchardt — Haaß I.

Subhastation. — Opposition. — Berufung. — Annehmbarkeit.

Die Berufung von einem Urtheile des Landgerichts, welches über die gegen ein Subhastationsverfahren im Licitationstermine eingelegte Opposition entschieden hat, muß gegen sämmtliche Interessenten, also auch gegen den Ansteigerer gerichtet werden*). §. 27. 29. 30 der Sub. Ord. vom 1. Aug. 1822.

Klünter — Ließem.

Dr. Ließem und Chr. Coenen leiteten gegen die Eheleute Klünter und Eheleute Roß bei dem Friedensgerichte I. der Stadt Köln die Subhastation zweier Häuser ein. Im Verkaufstermine vom 25. August 1849 legten die Subhastaten wider das Verfahren Einspruch ein, weil Ließem aus den ihm be-

*) Vergl. Arch. 44. 1. 15.

wußten Gründen das auf den 1. Juli 1848 bestimmt gewesene Subhastationspatent zurückgenommen und im Laufe des Monats Mai dess. J. den Subhastaten einen Ausstand ganz unbedingt gestellt habe, was dieselben gehörigen Orts durch Zeugen nachweisen könnten, so daß die Subhastanten weder von dem am 6. Mai 1847 gethätigten Zahlungsbefehle, noch von der am 20. September 1847 erwirkten Beschlagnahme gesetzlichen Gebrauch machen könnten, vielmehr gehalten seien, wenn sie behaupteten, daß die Subhastaten die im Mai 1848 bewilligten Ausstandsbedingungen nicht erfüllt hätten, einen neuen Zahlungsbefehl und ein ganz neues Verfahren zu beginnen.

Des Einspruchs ungeachtet wurde der Verkauf abgehalten und die Sache vor das Landgericht zu Köln verwiesen, welches (ohne daß von Seiten des Ansteigerers ein Anwalt bestellt oder Antrag genommen worden wäre) am 8. Sept. 1849 den Einspruch verwarf.

Künter und Cons. ließen dem Dr. Ließem und Chr. Coenen die Berufung gegen dieses Urtheil insinuiren, und deferirten denselben den decisorischen Eid: daß es nicht wahr sei, daß sie aus den ihnen wohl bewußten Gründen das auf den 1. Juli 1848 bestimmt gewesene Subhastationspatent zurückgenommen und im Laufe des Mai selb. J. den Appellanten einen Ausstand ganz unbedingt gestattet haben.

Die Appellaten trugen an, die Berufung als unstatthaft, jedenfalls als unbegründet zu verwerfen. Für ersteres wurde ausgeführt: der Ansteigerer sei durch den Zuschlag Interessent und Partei geworden, die Verweisung der Sache durch den Friedensrichter vor das Landgericht habe nur die Fortsetzung dieser Procedur, in welcher der Ansteigerer als Partei aufgetreten, bewirkt; wenngleich derselbe am Landgerichte keinen Anwalt bestellt habe, und in den Qualitäten der Ausfertigung nicht genannt sei, so gelte doch das mit Recht als contradictorisch erlassene Urtheil auch für ihn und stelle zu seinen Gunsten Rechte fest, so lange es ihm gegenüber nicht angegriffen und beseitigt sei, und da es unzulässig und undenkbar wäre, daß die richterliche Adjudikation desselben Eigenthums in Folge eines Einspruchs der Subhastaten aufgehoben werde, dagegen für den Ansteigerer dennoch bestehen bleibe, vielmehr diese Adjudikation entweder überhaupt und für alle daran Betheiligte wieder aufgehoben werden oder überhaupt bestehen bleiben müsse, so sei die Berufung unstatthaft, weil der Ad-

Digitized by Google

judikatar nicht ebenfalls durch eine Berufung ins Verfahren gesetzt sei.

Für die Appellaten wurde eventuell der Antrag genommen, ihnen eine moralische Frist zur Beiladung des Ansteigerers Dumont zu gestatten.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums entschied der Hof:

J. E., daß es sich aus den §§. 27, 29 und 30 der Subhastations-Ordnung ergiebt; daß die Berufung von einem Urtheil des Landgerichtes, welches über die Opposition gegen ein Subhastationsverfahren entschieden hat, gegen sämmtliche Interessenten, also auch gegen den Ansteigerer gerichtet werden muß; daß daher die gegen die Subhastanten allein gerichtete Berufung an einem wesentlichen Mangel leidet und die dagegen erhobene Einrede gegründet ist; daß auch der appellantische Antrag auf Gestattung einer weitern Frist zur Beiladung des Ansteigerers nicht gerechtfertigt und im vorliegenden Falle um so weniger zu berücksichtigen ist, als die Berufung gegen die Appellaten durchaus ungegründet erscheint, indem der denselben deferirte Entscheidungs-Eid schon aus dem einfachen Grunde irrelevant und daher unzulässig ist, weil, wenn auch selbst, wie angegeben, im Monat Mai den Appellanten ein Ausstand bewilligt worden wäre, die Eidesformel in keiner Weise die Zeit, bis zu welcher dieser Ausstand bewilligt worden sein soll, erwähnt.

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. ohne Rücksicht auf den appellantischen Antrag die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Köln vom 8. September 1849 eingelegte Berufung, mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 19. November 1849.

Advokaten: Borchardt — Compes.

Domicil. — Wahl des Domicils. — Domicilirter Wechsel. — Zustellung des Urtheils und Zahlungsbefehls.

Das zur Vollziehung eines Rechtsgeschäfts oder das auf einem Wechsel gewählte Domicil ist nicht

geeignet zur Zustellung des auf Grund des Geschäfts erlassenen Urtheils oder der daraus folgenden Exekutionsakten. Art. 111 des B. G. B.

Sandt — Hense.

Auf Grund eines Urtheils des Handelsgerichtes zu Köln ließ Hense den Heinrich Sandt, (welcher nach seiner Behauptung damals als Agent der Centralauswanderungsgesellschaft zu Mainz wohnte, am 9. November 1849 in Köln verhaften. Das Urtheil und der Zahlungsbefehl waren zugestellt, wie es in den Akten heißt „zu Köln auf der Ruhr Nro. 17—" als dem in dem Wechsel, auf Grund dessen die Condemnation ausgesprochen war, gewählten Domicil.

Sandt klagte auf Vernichtung und Aufhebung der Verhaftung beim Kgl. Landgerichte zu Köln, weil das auf einem Wechsel gewählte Domicil zur Zustellung des Urtheils und des Zahlungsbefehls nicht geeignet sei, sondern nach Art. 111 des B. G. B. nur die auf den Wechsel bezüglichen Zustellungen dort erfolgen könnten. Er bestritt zugleich, daß er in jenem Hause Domicil gewählt, sowie daß die Worte „zahlbar auf der Ruhr Nro. 17— in Köln" von ihm oder mit seinem Wissen auf den Wechsel geschrieben worden.

Das Landgericht wies die Klage ab. Sandt appellirte und machte hauptsächlich seine frühern Gründe wiederholt geltend. Der Appellat stellte der Berufung unter andern Einreden die Erwiderung entgegen, die Execution des Urtheils sei eine unmittelbare Folge des Wechsels und daher der Art. 111 des B. G. B. anwendbar. Der Ausdruck „zahlbar zu Köln" sei gleichlautend mit „im Domicil zu Köln", die Worte „zahlbar ꝛc." befänden sich auf dem von dem Appellanten unterzeichneten Wechsel.

Der Kgl. A. G. H. hat über diesen Punkt wie folgt entschieden:

In E., daß nach der buchstäblichen und beschränkten Fassung des Art. 111 des B. G. B. nur angenommen werden kann, daß alle Significationen, Klagen und Poursuiten, welche sich auf den Akt selbst, für dessen Vollziehung die Domicil-Wahl statt gefunden hat, beziehen, in dem gewählten Wohnort geschehen können;

Daß aber daraus nicht folgt, daß Urtheile, welche auf den Grund eines solchen Aktes erlassen worden, und von

Digitized by Google

deren Vollziehung es sich nunmehr handelt, und die aus denselben folgenden Executionsacten anders als der Person des Schuldners oder in dessen wirklichem Domicil zugestellt werden können;

Daß die Bezugnahme des Appellaten auf die Final-Bestimmung des Art. 422 der B. P. O. hier nicht paßt, indem derselbe den hier nicht vorliegenden Fall, wo beide Parteien erschienen sind, vorausgesetzt, übrigens diese Finalbestimmung auch durch ihre Restriction die obige Ausführung über die Beschränkung des Art. 111 des B. G. B. bestätigt;

Daß demnach, wenn man auch annimmt daß die Worte: „zahlbar auf der Ruhr Nro. 17 — in Köln", schon bei der Unterschrift des Appellanten auf den Wechseln sich befunden haben, die am 11. Mai d. J. geschehene Zustellung des handelsgerichtlichen Urtheils vom 13. April 1849 nothwendig dem Appellanten in Person oder in seinem wirklichen Domicil gültiger Weise gemacht werden mußte, die in dem Hause Nro. 17— auf der Ruhr geschehene mit Zahlungsbefehl verbundene aber nichtig erscheint;

Daß aber zur Verhaftung des Appellanten, welche am 11. d. M. erfolgte, nach Vorschrift des Art. 780 der B. P. O. eine Signification des die Verhaftung verordnenden Urtheils verbunden mit einem Zahlungsbefehl, wenigstens einen Tag der Verhaftung vorhergehen mußte;— die am 11. Mai erfolgte Zustellung mit Zahlungsbefehl aber wie eben bemerkt ungültig sind; mithin der Verfügung des Art. 780 nicht Genüge geschehen ist;

Daß daher nach Art. 794 die Verhaftung des Appellanten selbst ungesetzlich und nichtig und daher aufzuheben ist u. s. w.

Aus diesen Gründen

reformirt der A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Köln vom 12. November 1849, erklärt an dessen Statt die am 9. d. M. auf Anstehen des Appellaten durch den Gerichtsvollzieher Simons vollzogene Verhaftung des Appellanten nichtig, und verordnet dessen sofortige Freilassung u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 21. November 1849.

Advokaten: **Stupp — Herbertz.**

Digitized by Google

Verkauf. — Notarielle Abfassung.

Bei stattgehabten Eigenthumsübertragungen hat jeder Contrahent das Recht, die Ausstellung eines schriftlichen Titels zu verlangen. — Verlangt er einen Titel in authentischer Form, so muß er, falls nicht eine entgegenstehende Verabredung getroffen worden, die desfallsigen Kosten selbst tragen.

Stroof — Koenen.

Stroof behauptete, am 14. April 1845 an Koenen zwei Baustellen unter einigen speziell angegebenen Bedingungen verkauft zu haben, und belangte diesen an das Kgl. Landgericht hierselbst, damit er für verbunden erklärt werde, diesen zwischen den Parteien brieflich beredeten Verkauf auf seine, des Klägers, Kosten vor Notar beurkunden zu lassen. Der Verklagte erwiderte, er habe sich nirgend verpflichtet, über den in Rede stehenden Verkauf eine notarielle Urkunde aufnehmen zu lassen; zudem sei aber auch der Verkauf unter mehreren Bedingungen abgeschlossen worden, welche bis jetzt noch nicht in Erfüllung gegangen. Das Landgericht wies durch Urtheil vom 1. April 1848 die Klage ab, indem es annahm, daß, abgesehen von der Beweisfähigkeit der von dem Kläger zum Beweise des behaupteten Verkaufs producirten Scripturen, aus denselben jedenfalls nichts dafür herzuleiten sei, daß der Verklagte sich zu einer notariellen Vollziehung desselben verpflichtet, der Kläger auch hierfür einen andern Beweis weder erbracht, noch erboten habe, und da für den Verklagten eine gesetzliche Verbindlichkeit hiezu nicht bestehe, die lediglich hierauf gerichtete Klage ohne weiteres Eingehen in die Einreden rücksichtlich der dem Vertrage angeblich zu Grunde liegenden Bedingungen abgewiesen werden müsse.

Zur Rechtfertigung der von dem Kläger gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung führte dessen Anwalt aus, daß Appellant berechtigt sei, einen authentischen Titel über den gethätigten Verkauf zu fordern und es auch nicht in der Absicht der Parteien, namentlich nicht in der des Appellanten gelegen haben könne, ein so bedeutendes Geschäft nicht in einem authentischen Titel festzustellen und zu bekunden; auch erscheine die desfallsige Weigerung des Appellaten um

Digitized by Google

ſo unbegründeter, als Appellant ſich erboten habe und wiederholt erbiete, die Koſten des Actes zu tragen.

Der A. G. H. erkannte hierauf in Bezug auf die vorliegende Frage reformatoriſch, indem er erwog:

J. E., daß zwar nach den Beſtimmungen des B. G. B. Verträge durch die bloße Uebereinſtimmung der contrahirenden Theile abgeſchloſſen werden können und die Ausſtellung eines ſchriftlichen Titels zur Gültigkeit derſelben an und für ſich nicht erforderlich iſt;

Daß jedoch bei Eigenthumsübertragungen die Errichtung eines ſchriftlichen Aktes wegen der wichtigen Folgen, die davon abhängen, eines Theils, um über das erworbene Eigenthum in jeder Beziehung mit Erfolg verfügen zu können, andern Theils, um dadurch in den Stand geſetzt zu werden, dasſelbe gegen Anſprüche dritter Perſonen zu ſichern und zu vertheidigen, allgemein üblich iſt und als Etwas angeſehen wird, was ſich dergeſtalt von ſelbſt verſteht, daß eine desfallſige ausdrückliche Beſtimmung für überflüſſig erachtet wird;

Daß ſchon hiernach, beſonders unter Berückſichtigung des Art. 1160 des B. G. B. und der Redlichkeit, womit überhaupt Verträge von den Parteien wechſelſeitig zu erfüllen ſind, ein jeder dabei intereſſirte Contrahent, um ſich den Beweis über das abgeſchloſſene Geſchäft zu verſchaffen, von ſeinem Mitcontrahenten die Ausſtellung eines darüber ſprechenden Titels zu verlangen berechtigt erſcheint;

Daß jedoch derjenige Contrahent, welcher zu ſeiner größern Sicherheit, namentlich um ſich der Gefahr der Ableugnnng der Unterſchrift nicht auszuſetzen und ſich gleichzeitig ein ſicheres Datum für den Akt zu verſchaffen, die Ausſtellung eines ſolchen Titels in einem Notarial-Akte verlangt, ſo lange eine entgegenſtehende Verabredung unter den Parteien nicht getroffen worden, die desfallſigen Koſten ſelbſt zu tragen hat, wozu der Appellant ſich in ſeinem gegenwärtigen Antrage auch bereit erklärt;

Daß hiernach die Entſcheidung des erſten Richters, welcher, ohne in die Sache weiter einzugehen, blos aus dem Grunde, weil wegen Errichtung eines Titels über den etwa abgeſchloſſenen Verkauf unter den Parteien keine Einigung getroffen ſei, die angeſtellte Klage gänzlich abgewieſen hat,

Digitized by Google

sich in keiner Weise rechtfertigen läßt; vielmehr gegenwärtig die Frage zu prüfen ist, ob und unter welchen Bedingungen der Verkauf abgeschlossen worden u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 8. Oktober 1849.

Advokaten: Kyll — Compes.

Handelsgericht. — Beweis über die Qualität der Waare. — Expertise. — Preußische Banknoten und Cassenanweisungen als Zahlungsmittel.

Der Beweis über die Qualität einer zu liefernden Waare muß auch in handelsgerichtlichen Prozessen contradiktorisch zwischen den Parteien vor dem erkennenden Richter geführt werden, und kann nicht durch eine vor dem Prozesse von der einen Partei einseitig bei dem Präsidenten des Handelsgerichts provocirte Expertise ersetzt werden. — Die Bestimmung des Art. 106 des H. G. B. ist hier nicht anwendbar.

Preußische Banknoten und Cassenanweisungen sind namentlich im Handelsverkehr, als ein reelles und gültiges Zahlungsmittel zu betrachten, wenigstens so lange, als nicht durch eine Weigerung zur Annahme Veranlassung zum Anbieten anderer Geldsorten gegeben wird. *)

Art. 429 der B. P. O. — Edict vom 7. September 1814 Nro. 5 u. 6. — Verordnung vom 1. März 1815 §. 7. — Cab.-Ordre vom 21. Dezember 1824.

Kühn u. Comp. — Müller sen.

Die Handlung Kühn u. Comp. zu Cöln verkaufte am 26. Februar 1848 dem Kaufmann Müller sen. 250 Malter guten lieferbaren Roggen, zahlbar bei der Ablieferung, welche frei Ufer Cöln an jedem dem Verkäufer beliebigen Tage des Monates März geschehen sollte. Am 29. März ließ die

*) Vergl. Archiv 24. 2. 32.

Digitized by Google

Verkäuferin den Käufer durch Gerichtsvollzieherakt auffordern, die Waare in einem näher bezeichneten Schiffe in Empfang zu nehmen; der Käufer verweigerte aber durch Akt vom 31. März die Empfangnahme wegen ſchlechter Qualität der angebotenen Waare, forderte zugleich die Verkäuferin zur Lieferung vertragsmäßiger Waare auf, und ließ ihr den Kaufpreis, größtentheils in preußiſchen Caſſenanweiſungen, realiter anbieten. Am 3. April ließ die Handlung Kühn u. Comp. dem Käufer durch Gerichtsvollzieher anzeigen, daß der angebotene Roggen an demſelben Tage Nachmittags, von drei durch Ordonnanz des Handelsgerichtspräſidenten vom 1. April ernannten Sachverſtändigen expertiſirt werden ſolle, unter gleichzeitiger Einladung, dieſer Expertiſe beizuwohnen. Die Expertiſe hatte Statt, und in Folge derſelben ließ Verkäuferin am 4. April dem Käufer anzeigen, daß die Experten den Roggen für gute lieferbare Waare erklärt hätten, und daß, falls die Empfangnahme nicht erfolge, derſelbe am folgenden Tage öffentlich an der Börſe verſteigert werden ſolle. Der Käufer proteſtirte gegen die einſeitige Expertiſe, welche ihm gegenüber keine rechtliche Bedeutung haben könne, und ließ gleichzeitig die Verkäuferin vor das Handelsgericht laden, um den Vertrag wegen Nichterfüllung auflöſen und ſich in Schaden und Koſten verurtheilen zu hören. Die Verkäuferin ließ den Roggen wirklich an der Börſe verkaufen, und klagte dann ihrerſeits auf Auflöſung des Vertrags und Verurtheilung des Käufers in Schaden und Koſten.

Das Kgl. Handelsgericht gab den Anträgen des Käufers Statt, indem es erwog, daß die einſeitig provocirte Expertiſe einen Beweis für die Qualität des Roggens nicht darſtellen könne, und die Verkäuferin ſich ſelbſt durch die Verſteigerung des Roggens in die Unmöglichkeit verſetzt habe, jetzt noch dieſen Beweis zu führen.

Zur Unterſtützung der gegen dieſes Urtheil eingelegten Berufung wurde noch angeführt, daß jedenfalls der Käufer keinen Schadenserſatz verlangen könne, weil ſeine Sommation vom 31. März die Verkäuferin nicht habe in Verzug ſetzen können, da ſie nicht verpflichtet geweſen ſei, die angebotenen Caſſenanweiſungen anzunehmen. Subſidiariſch erbot ſie auch noch ferneren Beweis durch Zeugen und Sachverſtändige über die gute Qualität der Waare.

Digitized by Google

Der A. G. H. erließ indessen folgendes bestätigende Erkenntniß:

J. E., daß Appellantin laut Schluß vom 26. Februar 1848 dem Appellaten 250 Malter guten lieferbaren Roggen im Monate März 1848 zu liefern übernommen hatte, mithin nachzuweisen verpflichtet ist, daß die von ihr durch Akt vom 29. des gedachten Monates angebotene Frucht guter lieferbarer Roggen war;

Daß dieser Beweis, von dem lediglich die Entscheidung über die gegenseitig erhobenen Ansprüche abhängt, contradiktorisch zwischen den Parteien vor dem erkennenden Richter geführt werden muß und keineswegs durch Vorlegung einer Expertise ersetzt werden kann, die vor dem Prozesse von der Appellantin bei dem Präsidenten des Handelsgerichts provozirt wurde;

Daß ein solches einseitiges Verfahren auch in dem Art. 106 des H. G. B. keine Begründung findet, da hier nur für den Fall, wo ein Frachtführer wegen verweigerter Annahme die Waare nicht abliefern kann, ein Mittel an die Hand gegeben wird, den Zustand derselben bei der Ankunft im Interesse des abwesenden Absenders, des Frachtführers und Adressaten sofort zu constatiren, ohne im Uebrigen deren Rechten irgendwie zu präjudiziren, daß aber diese für specielle Verhältnisse durch die Dringlichkeit gebotene selbst beim Friedensrichter zu erwirkende Maßregel nicht dazu dienen kann und soll, zwischen den Contrahenten festzustellen, ob der zwischen ihnen bestehende Vertrag erfüllt und die stipulirte Qualität der Waare geliefert sei;

Daß vielmehr bei desfallsigen Contestationen die allgemeinen Grundsätze über die Beweisführung und die specielle, für Handelsgerichte getroffene Bestimmung des Art. 129 der B. P. O. maßgebend sein müssen;

Daß diesemnach die vorliegende Expertise dem Appellaten um so weniger entgegengestellt werden kann, als er auf die Notifikation vom 3. April 1848 gleich am zweitfolgenden Tage unter Protestation gegen das einseitige und ungesetzliche Verfahren die Niederlegung des Roggens in das öffentliche Lager und die Anordnung einer contradiktorischen Expertise forderte, wogegen aber Appellantin den sofortigen

Digitized by Google

Verkauf der Frucht veranlaßt; daß unter diesen Umständen ihr jetziges Beweiserbieten über die gute lieferbare Qualität der Frucht keine Berücksichtigung verdient, da die beantragte Expertise nothwendig eine Besichtigung und Untersuchung der Waare voraussetzt, die aber durch das eigenmächtige Factum der Appellantin vereitelt worden ist, während der erbotene Zeugenbeweis, weil darin keine Thatsachen artikulirt sind, worauf hin ein Gutachten zu begründen wäre, derselbe vielmehr nur ein Gutachten in sich schließt, unstatthaft erscheint und Urkunden jederzeit auch ohne Interlokut, sowohl in I. als II. Instanz hätten vorgelegt werden können; daß endlich der dem Appellaten zuerkannte Anspruch auf Schadensersatz als eine Folge der Resiliation des Vertrages durch die fruchtlose Aufforderung zur Ablieferung in Verbindung mit dem gleichzeitigen Anerbieten des Preises begründet wird und dadurch nicht beseitigt werden kann, daß Letzterer in Banknoten und Cassenanweisungen angeboten wurde, indem dieselben als ein reelles und gültiges Zahlungsmittel namentlich im Handelsverkehr allgemein gelten, und als solches wenigstens solange zu betrachten sind, als nicht durch eine Weigerung zur Annahme Veranlassung zum Anerbieten anderer Geldsorten gegeben wird.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. ohne Berücksichtigung der Subsidiaranträge die Berufung ꝛc.

I. Senat. Sitzung vom 25. März 1850.

Advokaten: Thesmar — Nacken.

Separationsrecht der Gläubiger und Legatare. — Testament. — Vermögensverwaltung. — Vormund.

Das Separationsrecht der Nachlaßgläubiger hört durch die Annahme des Erben als Schuldner auf; die Novation, wovon der Art. 879 des B. G. B. spricht, ist nicht nach den Regeln der Art. 1271 u. ff. zu beurtheilen.

Die Wirkung der nach Art. 879 im Verhältnisse zu einem Erben eingetretenen Novation wird da-

durch nicht ausgeschlossen, daß das Separationsrecht gegen einen Miterben conservirt worden ist.

Der Universallegatar, welchem der ganze disponible Vermögenstheil zugewendet ist, bedarf des Separationsrechtes nicht, um die Befriedigung seiner testamentarischen Ansprüche an den Nachlaß vorzugsweise vor den Gläubigern des Pflichttheilserben zu sichern.

Die in einem Testamente enthaltene Ernennung eines Verwalters des einem Minderjährigen unter Ausschließung seines gesetzlichen Vormundes zugewendeten Vermögens ist ungültig, insoweit darin eine vormundschaftliche Gestion in Vertretung des Minderjährigen in gerichtlichen Verhandlungen vorgesehen sein soll; in einem solchen Falle ist durch den Familienrath ein Specialvormund zu ernennen.

Mannes'sche Fallitmasse — von der Heydt-Kersten und Söhne.

Mosblech — Lühdorf und Mannes'sche Fallitmasse.

Mannes'sche Fallitmasse — Lühdorf.

Am 14. März 1847 starb der Kaufmann Johann Luther Mannes sen. zu Clarenbach, Gemeinde Remscheid, und hinterließ als Intestaterben seinen einzigen Sohn Johann Luther Mannes jun. Durch Testament vom 18. April 1846 hatte er diesen auf den Pflichttheil beschränkt, die disponible Quote seinem minderjährigen Enkel Johann Heinrich Mannes zugewendet und den Bürgermeister Mosblech zum Verwalter dieses legirten Vermögens ernannt, mit dem Auftrage, den Pflichttheil mit seinem Sohne, nöthigenfalls in gerichtlichem Wege zu ermitteln. Diese Ermittelung geschah in einem Privatakte vom 1. Juli 1847, welchem am folgenden Tage in einem am 5. Juli 1847 bei Notar deponirten Akte die Ueberweisung eines Theils der Nachlaßgegenstände folgte. Durch Urtheil des K. Handelsgerichtes zu Elberfeld vom 27. August 1847 wurde Johann Luther Mannes jun., welcher das Handelsgeschäft seines Vaters unter der frühern Firma, „Gebrüder Mannes u. Sohn" fortgesetzt hatte, fallit erklärt und der Ausbruch des Falliments auf den 20. Aug. 1847 datirt.

Am 13. September 1847 klagte ein Gläubiger des verstorbenen Mannes beim Kgl. Landgerichte zu Elberfeld auf Absonderung des Nachlasses seines Schuldners von dem persönlichen Vermögen des Falliten, indem er diese Klage sowohl gegen den mittlerweile nach Neuwied verzogenen Falliten und dessen Syndike, als auch gegen den auf Betreiben der Letztern durch den Familienrath ernannten Specialvormund des Minderjährigen Mannes, den Kaufmann R. Lühdorf, richtete. In diesem Prozeß intervenirten mehrere Gläubiger des verstorbenen Mannes, welche sich dem Antrage auf Separation anschlossen, unter andern das Handlungshaus von der Heydt-Kersten u. Söhne, welches die Verurtheilung des Nachlasses zur Zahlung von 6195 Thlrn. mit Zinsen begehrte; es intervenirten auch Gläubiger des Falliten, welche sich dieser Separation widersetzten; desgleichen intervenirte Mosblech in seiner Eigenschaft als Verwalter des dem minderjährigen Mannes legirten Vermögens und verlangte, daß der Specialvormund Lühdorf aus der Sache gesetzt, ihm die Vertretung des Minderjährigen überlassen und die Absonderung des Vermögens des Erblassers von dem seines Sohnes zu Gunsten des Minderjährigen verordnet werde.

Lühdorf stellte die Entscheidung der Frage, wer zur Vertretung des Minorennen qualificirt sei, dem Ermessen des Gerichtes anheim, adoptirte jedoch eventuell den Antrag auf Separation zu Gunsten des Minderjährigen. Die Syndike der Fallitmasse bestritten das Separationsrecht der Handlung vor der Heydt-Kersten u. Söhne, weil diese nach dem Uebergange des Handelsgeschäfts „Gebrüder Mannes u. Sohn" auf den Falliten, den Verkehr mit demselben ausweise der producirten Correspondenz fortgesetzt und denselben als Schuldner angenommen habe, daher der Fall des Art. 879 des B. G. B. eingetreten sei. Aus demselben Grunde bestritten sie das für den Minderjährigen beanspruchte Separationsrecht wegen der in den Verträgen vom 2. resp. 5. Juli 1847 liegenden Novation, während sie die Frage, ob Mosblech oder Lühdorf den Minderjährigen zu vertreten habe, dem Ermessen des Gerichtes überließen.

Durch Urtheil vom 16. Februar 1849 verwarf das Kgl. Landgericht zu Elberfeld die Intervention des Verwalters Mosblech, indem es erwog, daß zwar die Anordnung einer Vermögensverwaltung, wie in dem Testamente vom 18.

Digitized by Google

April 1846 geschehen, zulässig, zu dieser Verwaltung aber nicht die Vertretung des Minderjährigen vor Gericht zu rechnen, diese vielmehr in dem Falle, wo die Interessen des Minderjährigen mit denen seines gesetzlichen Vormundes collidirten, durch den hierzu ernannten Specialvormund auszuüben sei; verordnete ferner die Ausscheidung des Nachlasses von Johann Luther Mannes sen. aus dem Vermögen seines Sohnes und seines Enkels, verurtheilte jenen Nachlaß unter andern, dem Handlungshause von der Heydt-Kersten u. Söhne die Summe von 6195 Thlr. mit Zinsen vom 30. Aug. 1847 zu zahlen und sprach endlich dem minderjährigen Johann Heinrich Mannes das Recht zu, zur Verfolgung seiner aus dem Testamente vom 18. April 1846 hervorgehenden Ansprüche sich vorzugsweise vor den Gläubigern des Falliten an den Nachlaß von Johann Luther Mannes sen. zu halten. Gestützt wurde diese Entscheidung darauf, daß zwar die Novation des Art. 879 auf keine der im Art. 1271 aufgeführten Arten der Novation zurückgeführt werden könne, daher auch die hierfür geltenden Grundsätze nicht auf jene anzuwenden seien, vielmehr der Fall des Art. 879 dann für eingetreten zu erachten sei, wenn der Gläubiger den Erben (nach l. 1. §. 11 u. 15. Dig. de separ.) qualiter qualiter — eligentis tamen mente als Schuldner angenommen habe, daß aber aus der producirten Correspondenz nicht diese Absicht, sondern die entgegengesetzte entnommen werden müsse; endlich bezüglich des Minderjährigen darauf, daß Mosblech, der in den Akten vom 2. resp. 5. Juni mit dem Erben contrahirt hatte, zu einer Verzichtleistung auf das dem Minderjährigen zustehende Separationsrecht nicht befugt gewesen sei.

Von diesem Urtheile appellirten die Syndike und zwei sich ihnen anschließende Gläubiger gegen von der Heydt-Kersten u. Söhne, sodann die Syndike gegen den Specialvormund Lühdorf, endlich Mosblech als testamentarischer Vermögensverwalter gegen Lühdorf und die Syndike.

Zur Begründung der gegen von der Heydt-Kersten u. Söhne gerichteten Berufung wurde insbesondere aus der vorgelegten Correspondenz nachzuweisen gesucht, daß das Landgericht mit Unrecht den richtig interpretirten Art. 879 auf die vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse anzuwenden sich geweigert habe; für die Appellatin wurde dagegen

Digitized by Google

ausgeführt: die Novation, wovon der Art. 879 spreche, müsse in Ermangelung entgegenstehender ausdrücklicher Bestimmungen nach den Regeln der Art. 1271 u. ff. beurtheilt werden, daher ausdrücklich die Absicht einer solchen ausgesprochen sein; seien aber auch hierzu concludente Handlungen hinreichend, so müsse doch aus denselben der novandi animus unzweifelhaft hervorgehen, (l. 1. §. 10. D. de sep. — Pothier, t. IV, p. 516.) was hier nicht der Fall sei; wollte man aber auch zwischen der Appellatin und dem Falliten eine Novation annehmen, so müsse doch jene an der zu Gunsten anderer Nachlaßgläubiger ausgesprochenen und nicht angefochtenen Separation participiren; endlich könne ihr das Recht der Separation gegen den Minderjährigen nicht bestritten werden, und sei auch nicht bestritten; hier sei aber eine Theilung nicht möglich, und man müsse daher annehmen, daß die Novation des Art. 879 erst dann vorhanden sei, wenn sämmtliche Erben vom Gläubiger als Schuldner angenommen worden seien.

Dem entgegneten die Appellanten: der Art. 879 bezeichne selbst die Novation, welche das Separationsrecht ausschließe, als vorhanden par l'acceptation de l'héritier pour debiteur; nicht auf die Regeln der Art. 1271 und ff. komme es daher an, sondern darauf, ob der Gläubiger — nicht ex necessitate, sondern freiwillig — nomen heredis, qualiter qualiter, secutus sit (Zach. IV, §. 618. Note 23. Duranton t. VII, [ed. belg. t. IV,] n. 497. Tit. Dig. de sep.); das Separationsrecht sei aber auch ein persönliches und theilbares, welches von einzelnen Nachlaßgläubigern geltend gemacht, von andern eingebüßt, welches ebenso gegen einzelne Erben resp. Gläubiger derselben beansprucht werden könne, ohne die andern Miterben zu berühren, (l. 1. §. 16. de separ. Zachariae IV, §. 618. n. 4 u. 6. Delvincourt t. 2. p. 386. Duranton t. 7. n. 444. Vazeille ad art. 879. n. 9.) —

Die Berufung Mosblechs wurde darauf gestützt, daß das Testament selbst ihn zur Beschreitung des gerichtlichen Weges ermächtige, daß hierin eine Ueberschreitung der Befugnisse des Testators nicht liege, da dieser das dem Minderjährigen zugewandte Vermächtniß an beliebige Bedingungen knüpfen gekonnt, sofern sie nicht einem Gesetze zuwider waren, was hier nicht der Fall, da Mosblech nicht zum Vormund ernannt worden sei; daß bei der Entscheidung des Landgerichts un-

Digitized by Google

lösbare Conflicte nothwendig eintreten müßten, da Mosblech darnach zwar das Vermögen verwalten, nicht aber die zur Durchführung dieser Verwaltung erforderlichen gerichtlichen Schritte thun solle. Von Seiten des Appellaten Lühdorf wurde diese Ausführung unter Entwickelung der schon oben angedeuteten Gründe erster Instanz bestritten.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums erließ der A. G. H. folgendes

Urtheil:

I. E., daß, soviel die von den Syndiken des Falliments von Johann Luther Mannes jun. in Verbindung mit den Fallimentsgläubigern Prüfert und Hasenclever gegen das Handlungshaus von der Heydt-Kersten u. Söhne eingelegte Berufung anlangt, Johann Luther Mannes jun. dem appellatischen Hause unterm 20. März 1847 brieflich anzeigte, daß sein Vater und Inhaber der Firma Gebrüder Mannes u. Sohn am 14. ej. mit Tode abgegangen sei und er das Geschäft desselben unter der bisherigen Firma fortsetzen werde, mit der Bitte, das dem Verstorbenen geschenkte Zutrauen auf ihn, den Sohn, übertragen zu wollen; daß diesem Ersuchen von dem appellatischen Hause dadurch entsprochen wurde, daß es sofort mit demselben die mit dem Vater bestandene Geschäftsverbindung fortsetzte und indem es auf der einen Seite Rimessen empfing, auf der andern Seite Zahlungen für ihn übernahm und ihm baare Vorschüsse leistete;

Daß über diese neuen Geschäfte keine besondere Rechnung angelegt, sondern dieselben in das bereits bestandene Conto eingetragen wurden, ohne daß letzteres beim Tode des Mannes sen. abgeschlossen worden war, so daß es in Betreff der vom Falliten gemachten Anschaffungen an allem Vermerke darüber ermangelt, daß und in wie weit diese zur Deckung der neuen persönlichen Schuld des Falliten oder zur Tilgung des ältern Saldos gedient haben;

Daß hierdurch von dem appellatischen Handlungshause eine Verschmelzung der auf dem Nachlasse des Mannes sen. haftenden Schuld mit dem den Falliten persönlich angehenden Creditverhältnisse herbeigeführt worden, welche mit der Ansicht unvereinbar ist, daß das appellatische Haus in dem Falliten die Eigenschaft als Repräsentanten des väterlichen Nachlasses von seiner Person als Inhabers des Handlungs-

Digitized by Google

geschäftes, dessen Fortsetzung er übernommen, habe trennen wollen, indem vielmehr aus der thatsächlichen Vermischung jener Creditverhältnisse auf die Absicht des appellatischen Hauses, sich wegen Tilgung des ältern Saldos an die Person resp. an das Vermögen der Firma des Falliten halten zu wollen, um so nothwendiger geschlossen werden muß, als dasselbe am 25. August 1847 auf Bezahlung des damaligen Rechnungssaldos gegen den Falliten als Repräsentanten der Handlung unter der Firma Gebrüder Mannes u. Sohn, so wie gegen die angeblichen Mitinhaber dieser Handlung geklagt und somit thatsächlich den Falliten als seinen Schuldner angenommen hat;

Daß diese Folgerung auch dadurch nicht in Zweifel zu stellen ist, daß von dem appellatischen Handlungshause im Laufe des mit dem Falliten unterhaltenen Geschäftsverkehrs auf vermehrte Anschaffungen und baldige Abtragung des Guthabens wiederholentlich gedrungen und in der Nachschrift zu dem Briefe vom 8. Juli 1847 dem Falliten als Inhaber der Handlung der Gebrüder Mannes u. Sohn der Wille des appellatischen Hauses zu erkennen gegeben worden ist, auf die Rechnung desselben nicht in Vorschuß zu treten, da jene Anmahnungen die Frage, ob dasselbe den Nachlaß des Mannes sen. oder den Falliten für den Schuldner angesehen habe, unberührt lassen, der Aeußerung zu dem Schreiben vom 8. Juli 1847 aber, wenn darin die Weigerung, der Person oder der Handlung des Falliten Credit zu geben, gefunden werden könnte, als zu einer Zeit gemacht, in welcher bereits die Geschäftsverbindung mit dem Falliten bestand, um so weniger eine Wirkung beigelegt werden kann, als kurz nachher am 15. Juli dem Falliten ein neuer baarer Vorschuß von 500 Thlr. geleistet wurde;

Daß, wenn es hiernach feststeht, daß das appellatische Haus den Falliten als seinen Schuldner angenommen habe, dasselbe nicht mehr in der Lage war, in Beziehung auf ihn und die Gläubiger seines Falliments die Absonderung des väterlichen Nachlasses von seinem Vermögen zu fordern, da nach der Bestimmung des Art. 879 des B. G. B. das Recht hierzu nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn eine Novation in der Forderung gegen den Erblasser eingetreten ist, welche durch die bloße Annahme des Erben zum Schuldner bewirkt und, wie in dem angegriffenen Urtheile bereits

Digitized by Google

ausgeführt, den in den Art. 1271 und folgende des B. G. B. gegebenen Regeln nicht unterworfen ist;

Daß die Anwendung des Art. 879 auf den vorliegenden Fall auch durch den Umstand nicht ausgeschlossen ist, daß die väterliche Erbschaft nur zur einen Hälfte auf den Falliten als Vorbehaltserben devolvirt, die andere Hälfte aber seinem minderjährigen Sohne durch das Testament vom 18. April 1846 zugewendet worden ist, weil das den Erbschaftsgläubigern gegebene Separationsrecht beim Vorhandensein mehrerer durch das Gesetz oder durch letztwillige Verfügung zur Succession berufenen Personen, so wie im Falle der Concurrenz von Universalrechtsnachfolgern der einen und der andern Kategorie gegen jeden Einzelnen dieser Erbfolger ausgeübt und jeden derselben, sofern die Schuld eine theilbare und sofern nicht einer von ihnen mit der Hypothekarklage anzugreifen ist, nur zu dem Antheile belangt werden kann, welcher ihm an dem Nachlasse zukommt;

Daß die fragliche Schuld des Nachlasses eine theilbare ist, und sich in Gemäßheit des Art. 1220 l. c. als eine sich zwischen dem Falliten und dem minderjährigen Sohne gleichmäßig von selbst theilende darstellt, demnach aber der im Interesse der Gläubiger des erstern gegen die Nachlaßabsonderung erhobene Widerspruch dadurch nicht ausgeräumt wird, daß in Beziehung auf den gedachten Minderjährigen diese Trennung nach Vorschrift der Art. 461 und 802 ib. kraft des Gesetzes eingetreten und nicht erloschen ist, weil dieselbe in dem Verhältnisse der Betheiligung des Minderjährigen an dem Nachlasse ihre gesetzliche Beschränkung findet und ihre Wirkung nur bis zum Betrage der Hälfte der im Zeitpunkte des Ablebens des Erblassers dem appellatischen Handlungshause zugestandenen resp. aus Geschäften, welche mit dem Erblasser selbst gemacht worden, herkommenden Forderung zu äußern hat;

Daß sonach der Antrag der Appellanten: das appellatische Handlungshaus mit dem Anspruche auf Separation des Nachlasses des Johann Luther Mannes sen. von dem Vermögen des Falliten und Verurtheilung des Nachlasses zur Zahlung von 6195 Thlr. nebst Zinsen abzuweisen, gerechtfertigt erscheint und nach Maßgabe desselben die erstrichterliche Entscheidung abzuändern ist;

Digitized by Google

J. E. auf die Berufung des Mosblech gegen Lühdorf:

Daß die derselben entgegengesetzte Einrede der Unannehmbarkeit nicht begründet ist, da die in erster Instanz als Intervenienten aufgetretenen Nachlaßgläubiger sich weder an der hier zu entscheidenden Contestation, wer von den genannten Gegnern zur Vertretung des Minderjährigen Johann Heinrich Mannes in dem gegenwärtigen Verfahren qualifizirt sei, betheiligt, noch auch ein derartiges Interesse verfolgt haben, rücksichtlich dessen ihr Nichtvorhandensein als Partei in zweiter Instanz vom prozessualischen oder sachlichen Standpunkte aus für ein Hinderniß geachtet werden könnte, jene Streitfrage selbst in dieser Instanz zu entscheiden;

J. E., daß nach Art. 389 des B. G. B. der Vater während der Ehe Verwalter der persönlichen Güter seiner minderjährigen Kinder ist, daß der Fallit durch das Testament seines Vaters vom 18. April 1846 von der Verwaltung des seinem minderjährigen Sohne in diesem Testamente vermachten Vermögens ausgeschlossen ist, und da die Rechtsbeständigkeit dieser Verfügung von keiner Seite angefochten worden, die Nothwendigkeit einer anderweiten Vertretung des Minderjährigen in Betreff jener Verwaltung eingetreten war; daß bei der Feststellung, wie diese Vertretung den Gesetzen entsprechend anzuordnen war, davon auszugehen ist, daß in Folge der in der Mitte liegenden Aufhebung jener Rechtszuständigkeit des Vaters der minderjährige Johann Heinrich Mannes in Bezug auf das auf ihn vererbte großväterliche Vermögen dem Minderjährigen gleichgestellt worden sei, zu dessen Bevormundung eine gesetzliche Veranlassung besteht und bei deren Anordnung die über Vormundschaften im Allgemeinen geltenden Grundsätze die Norm abzugeben haben; daß nun aber diesen Grundsätzen zufolge die Uebertragung einer Vormundschaft als einer öffentlichen Function nur nach den in den Gesetzen ausdrücklich vorgeschriebenen Modalitäten geschehen kann und insbesondere die Befugniß zur Ernennung eines Vormundes auf die Person des Letztlebenden der Eltern beschränkt und den Großeltern nur in dem im Art. 1055 l. c. vorgesehenen, hier aber nicht vorliegenden Falle gestattet, in allen andern Fällen aber dem Familienrathe beigelegt ist, und demnach die in dem Testamente vom 18. April 1846 geschehene Ernennung des Appellanten zum Verwalter des Vermögens des Minorennen in so weit

Digitized by Google

darin eine vormundschaftliche Gestion und insbesondere die Ermächtigung zur Vertretung des Minderjährigen in gerichtlichen Verhandlungen vorgesehen worden sein möchte, eine Verfügung enthält, welche mit dem Geiste der bestehenden Gesetze nicht vereinbar und als die Rechtszuständigkeit des Erblassers überschreitend in dem angegriffenen Urtheile mit Grund nicht für geeignet erachtet worden ist, den Appellanten zur Vertretung des Minderjährigen in dem gegenwärtigen Rechtsstreite zu befähigen und den durch den Familienrath zum Spezialvormunde ernannten Appellaten von dieser Vertretung auszuschließen;

Daß mithin der Appellant durch die ausgesprochene Verwerfung der in seiner Eigenschaft als Verwalter des Vermögens des Minderjährigen angebrachten Intervention und durch die Verurtheilung in die Kosten nicht für beschwert zu halten ist;

In Erwägung, daß in Folge dieses Erachtens die von demselben den Syndiken der Fallitmasse gegenüber eingelegte Berufung sich als gegenstandlos darstellt;

In Erwägung, soviel endlich die von den besagten Syndiken gegen den Spezialvormund Lühdorf ausgebrachte Berufung anlangt;

Daß dadurch, daß in dem mehrgedachten Testamente der Fallit auf den Pflichttheil gesetzt und dem Minderjährigen die der Verfügung des Erblassers unterworfene, in der Hälfte bestehende Quote des Nachlasses zugewendet worden, zwischen beiden Universalrechtsnachfolgern dem Wesen nach eine Gemeinschaft des Eigenthums an dem gesammten Nachlasse entstanden ist, welche den minderjährigen Johann Heinrich Mannes von selbst überhoben hat, sich des den Nachlaßgläubigern im Art. 878 des B. G. B. gegebenen Separationsrechtes bedienen zu müssen, um die Vermischung des Nachlasses mit dem persönlichen Vermögen des Falliten auszuschließen und mit den Gläubigern des letztern außer Concurrenz zu treten;

Daß daher von einer Verlustigung des Absonderungsrechtes unter den vorliegenden Verhältnissen selbstverständlich nicht die Frage sein kann und die Appellanten sich nicht zu beschweren haben, daß dem mehrerwähnten Minderjährigen das Recht zuerkannt worden, zur Verfolgung der ihm aus dem Testamente vom 18. April 1846 zustehenden Ansprüche, sich vorzugsweise vor den Gläubigern des Falliten an den Nachlaß des Großvaters zu halten;

Digitized by Google

Aus dieſen Gründen
ändert der A. G. H. auf die Berufung der Syndiken des Falliments von Johann Luther Mannes jun. und der Gläubiger dieſes Falliments Friederich Wilhelm Moritz Prüfert und Karl Friederich Haſenklever gegen das Handlungshaus von der Heydt-Kerſten u. Söhne das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Elberfeld vom 16. Februar v. J. in ſo weit ab, als die Ausſcheidung des Nachlaſſes des Johann Luther Mannes sen. aus dem Vermögen des Johann Luther Mannes jun., modo aus deſſen Falliment auch zu Gunſten des appellatiſchen Handlungshauſes verordnet und beſagter Nachlaß verurtheilt worden iſt, an daſſelbe die ganze Summe von 6195 Thlr. nebſt 5 Prozent Zinſen vom 30. Auguſt 1847 und die Koſten zu zahlen, und an deſſen Statt erkennend, weiſt er daſſelbe mit dem auf Abſonderung des Nachlaſſes von Johann Luther Mannes sen. von dem Vermögen des Johann Luther Mannes jun., jetzt von deſſen Fallitmaſſe, ſo wie auf Erſtattung des ganzen Forderungsbetrages von 6195 Thlr. 20 Cents aus dem Beſtande des erwähnten Nachlaſſes erhobenen Anſpruch ab, verwirft im Uebrigen die eingelegten Berufungen, verordnet u. ſ. w.

II. Civilſenat. Sitzung vom 5. April 1850.
Advokaten: Lautz — Stupp — Widenmann.

Berufungs-Akt. — Widerruf des erſten, Verſpätung des zweiten. — Bezeichnung des Berufungs-Aktes bei der Beförderung zur Rolle. — Wahrung der Berufungsfriſt in einer, einen untheilbaren Gegenſtand betreffenden Sache.

Wenn in einem zweiten, aber **verſpäteten** Berufungs-Akte der frühere rechtzeitig zugeſtellte Berufungs-Akt nicht widerrufen iſt, ſo bleibt dieſer in rechtlicher Wirkſamkeit beſtehen und die Berufung kann daher nicht als verſpätet angeſehen werden, — ſelbſt dann nicht, wenn auch die Sache nur auf Grund des verſpäteten Berufungs-Aktes zur Rolle befördert worden iſt.

Iſt in einer, einen untheilbaren Gegenſtand betreffenden, Sache die Berufungsfriſt durch rechtzei-

Digitized by Google

tige Zustellung des Berufungs-Aktes von einem Theile der Appellanten gewahrt, so kommt dieses Factum auch den übrigen Appellanten zu Statten.

Fandel u. Cons. — Wirtz u. Cons.

J. E., zuvörderst auf die der Berufung entgegengesetzte Einrede der Verspätung, daß das Urtheil 1. Instanz zwar auf Anstehen sämmtlicher Appellaten den Appellanten sub 5 am 30. Oktober 1848 den Appellanten sub 1, 2 und 3 am 4. Januar 1849, sodann auf Anstehen der Eheleute Magdalena Kotz und Martin Wirtz den sub 4 aufgeführten Appellanten am 22. November 1848 zugestellt worden ist und somit der Appell-Akt vom 16. April 1849 allerdings als verspätet erscheinen würde; daß aber außer diesem Appell-Akte noch ein unter dem 12. Januar 1849 eingelegter Berufungsakt vorliegt, dessen angebliche Nichtigkeit von Seiten der Appellaten nicht geltend gemacht worden; daß ebensowenig jener früher zugestellte Berufungsakt in dem spätern vom 16. April 1849 widerrufen ist und somit als noch in rechtlicher Wirksamkeit angesehen werden muß;

Daß hiergegen auch nicht angeführt werden kann, daß die gegenwärtige Berufung nicht auf Grund des ersten, sondern des letzten Appell-Akts zur Rolle befördert sei, indem es, abgesehen davon, daß über jene faktische Behauptung aus den Akten nichts hervorgeht, nach dem Art. 19 des Dekrets vom 30. März 1808 nur erforderlich ist, daß überhaupt eine Sache zur General-Rolle gebracht werde, eine nähere Angabe des Appellaktes selbst aber nicht verlangt wird;

Daß außerdem aber auch die Appellaten selbst einräumen, daß eine Zustellung des Urtheils 1. Instanz auf Anstehen der Susanna Fandel an die sub 4 aufgeführten Appellanten noch gar nicht erfolgt sei, mithin deren Appellation, insofern sie gegen die Susanna Fandel gerichtet ist, selbst in dem Falle, wo man blos den Appellakt vom 16. April 1849 berücksichtigen will, als rechtzeitig eingelegt erscheint; daß dieses Factum aber bei den übrigen Appellanten eine gleiche Wirkung hervorbringen muß, da es sich nach der Natur der angebobenen Klage und der ihr entgegengesetzten Einreden von einem untheilbaren Gegenstande handelt und somit auch unter diesem Gesichtspunkt die Einrede der Verspätung der Berufung sich als unbegründet darstellt;

I. Senat. Sitzung vom 22. April 1850.

Advokaten: v. Hontheim — Borchardt.

Digitized by Google

Vollmacht zu hypothekarischer Verpfändung.

Die Bevollmächtigung zu hypothekarischer Verpfändung muß in der Vollmacht speziell ausgedrückt sein. Jene zu einer unbedingten Veräußerung schließt die Befugniß zur Verpfändung nicht von selbst ein.

Köhler — Brunn u. Alt.

Die Eheleute Brunn leiteten auf Grund einer Schuldverschreibung, aufgenommen vor Notar Stoppenbach am 28. September 1842, kraft deren Eheleute Füßer ein Darlehn von 1700 Thlr. empfangen zu haben erklären, die Subhastation der ihnen verhypothezirten Grundstücke gegen Dr. Köhler und mehrere andere Drittbesitzer ein. Dr. Köhler erhob Einspruch gegen das Verfahren und ließ den Rentner Alt, den Vorbesitzer seines Verkäufers, beiladen, indem dieser die Grundstücke frei verkauft habe. Vor dem Kgl. Landgerichte in Köln erhob Opponent Köhler die Einrede, die Verpfändung im Akte vom 28. September 1842 sei ungültig, indem dieselbe Grundstücke betreffe, welche der Ehefrau Füsser zugehörten, aber nicht von dieser persönlich, sondern von deren Ehemann ausgegangen sei und zwar auf Grund einer Vollmacht seiner Frau vom 11. November 1838, welche eine ausdrückliche Befugniß, das Grundgut der Frau zu verpfänden, nicht enthalte. Wirklich enthält der Akt die Vollmacht, das Vermögen der Mandantin zu verwalten, frei und nach Willkühr zu veräußern in jeder Form, versteigerungsweise und privatim, Kaufgelder zu empfangen ꝛc., ohne daß jedoch von Verpfändung in specie Meldung geschehen.

Das Kgl. Landgericht verwarf durch Urtheil vom 5. Mai 1849 den Einspruch, indem es die Vollmacht, welche den Mandatar nicht allein zur Verwaltung, sondern auch zur Veräußerung des Vermögens der Mandantin und der dazu gehörigen Immobilien autorisire und ihm ein unbeschränktes Dispositionsrecht ertheile, auch zur Verpfändung zulänglich erachtete, welche in einer solchen Dispositionsbefugniß nothwendig eingeschlossen sei.

Gegen diese Entscheidung legte Köhler Berufung ein. Dieselbe beruht auf dem Satze, daß die Bevollmächtigung sowohl zu der Veräußerung als zu der Verpfändung speziell ausgedrückt sein müsse, Art. 1988, daß die Bevollmächtigung

Digitized by Google

zur Veräußerung diejenige zur Verpfändung nicht in sich schließe, sondern beides ganz verschiedene Rechtsgeschäfte seien; daß der Vollmachtgeber sehr wohl beabsichtigen und wünschen könne, sein Grundgut zu veräußern, ohne daß ihm mit dessen Verpfändung gedient sei, welche neben der Disposition über das Grundgut noch die Creirung einer persönlichen Schuld mit sich bringe, und daß ein Mandatar, welcher das Grundgut seines Mandanten zu veräußern beauftragt seie, auch im Sinne des gewöhnlichen Lebens seinen Auftrag nicht erfülle, sondern überschreite, wenn er statt dessen dasselbe verpfände. Das Gesetz stelle diese beiden Rechtsgeschäfte in einer Reihe von Bestimmungen unterscheidend nebeneinander auf, wie z. B. in den Art. 128, 217, 457, 484, 499, 513, 1421, 1449, 1554, 1557, 1558. Der Appellant bezog sich auf eine constante und ausgesprochene Jurisprudenz der französischen Gerichtshöfe, namentlich Urtheile des Pariser Cassationshofes vom 25. Januar 1830 — 22. Juni 1836 — 16. August 1837 — 29. Mai 1839 — 14. Februar 1843 — in Sirey 1830 I. 68. — 1836 I. 433. — 1837 I. 800. — 1839 I. 449. — 1843 I. 193. — Troplong du Mandat Nr. 332.

Seitens der Appellaten suchte man das System des angegriffenen Urtheils auszuführen, behauptete gleichzeitig aber auch, daß es nur dem Mandanten zuständig sei, die Grenzen der Vollmacht zu bemessen und deren Ueberschreitung zu rügen, dessen Ratihabition durch Zahlung der Zinsen den Beweis liefere, daß der Mandatar in seinem, des Mandanten Sinne gehandelt habe.

Der A. G. H. erließ darauf folgendes

Urtheil:

I. E, daß der Appellant als Drittbesitzer durch Akt vom 20. Februar 1849 zur Zahlung der Abtretung der verpfändeten Grundstücke aufgefordert wird und seine Opposition sich darauf gründet, daß die in seinem Besitz befindlichen Grundstücke mit keiner gültigen Hypothek belastet seien;

Daß der Advokat-Anwalt Füsser in der Schuld- und Hypothek-Verschreibung vom 28. September 1842 der Wilhelmine Siwike, jetzt Ehefrau Brunn, Appellatin, für das Capital von 1700 Thl. ein Ackergut, genannt Morgengut, verpfändet, welches seiner Ehefrau, Johanna von Franken in der Theilung des Nachlasses ihres Vaters anerfallen war;

Digitized by Google

Daß der ursprüngliche Schuldner zur Verpfändung des Erbgutes seiner Ehefrau durch dieselbe bevollmächtigt zu sein vorgab, und eine notarielle Vollmacht vom 11. November 1838 vorlegte, welche auch dem Akt vom 28. September 1842 abschriftlich beigefügt ist;

Daß die Ehefrau Füsser in dem ersten Theil dieser Vollmacht ihren Ehemann beauftragt, die Theilung des Nachlasses ihres Vaters zu bewirken und in dem zweiten ihre sonstigen Vermögens-Angelegenheiten zu besorgen, namentlich in Beziehung auf die derselben zugehörigen Grundstücke, dieselben in jeder Art und Weise zu verkaufen, die Kaufpreise nach seinem Belieben zu bestimmen, sie einzuziehen und zu quittiren;

Daß die Ehefrau Füsser ihren Ehemann aber nicht bevollmächtigt hat, die ihr eigenthümlich zugehörigen Grundstücke zu verpfänden;

Daß das in allgemeinen Ausdrücken übertragene Mandat nach Art. 1988 des B. G. B. nur zu Verwaltungs-Handlungen ermächtigt, zu Veräußerungen und Verpfändungen dagegen ein ausdrücklicher Auftrag ertheilt sein muß;

Daß dieser Artikel, wie viele andere des Gesetzbuchs, die Veräußerungen und Verpfändungen nebeneinander und sich einander ausschließend nennt, so daß derjenige, welcher mit Aufnahme eines Darlehns und Verpfändung eines Grundstücks beauftragt ist, zum Verkaufe kein Rechte hat und umgekehrt der mit dem Verkauf Beauftragte nicht verpfänden darf;

Daß daher das Mandat nur so weit geht, als dessen ausdrückliche Worte lauten und man bei der bestimmten Verfügung des Gesetzes, zu dem einen, wie zu dem andern, müsse der Bevollmächtigte durch einen ausdrücklichen Auftrag ermächtigt sein, niemals sagen kann, das Recht zum Größern schließe das Recht zum Kleinern in sich, und wer definitiv zu veräußern berechtigt sei, sei auch zu Verpfändungen berechtigt;

Daß die Ehefrau Füsser ihren Ehemann zwar beauftragt hat, zu handeln, zu entscheiden, zu vergleichen, Prozeß zu veranlassen, Urtheile zu nehmen und sich zu vergleichen, Alles wie sie mit seiner Ermächtigung es selbst zu thun vermöchte, ferner Grundstücke in jeder Art und Weise zu veräußern und den Kaufpreis einzuziehen;

Daß diese Ausdrücke, so allgemein sie auch gehalten sind, doch nicht zu dem Schlusse berechtigen, den der erste Richter

Digitized by Google

daraus gezogen hat, die Ehefrau Füsser habe ihrem Ehemanne die unbeschränkte Dispositions-Befugniß über ihr Vermögen übertragen wollen und darum auch die Befugniß zu Verpfändungen nicht ausgeschlossen, überhaupt ein Mandat, welches nach den bestimmten Worten des Gesetzes ausdrücklich ertheilt sein muß, nicht durch Schlußfolgerungen aus allgemeinen Worten abgeleitet werden kann; daß hiernach die Grundstücke der Ehefrau Füsser durch den Akt vom 28. September 1842 nicht gültig verpfändet sind und jeder spätere Eigenthümer das Recht hat, die Freiheit seines Eigenthums zu vertheidigen und die Ungültigkeit der Hypothek zu behaupten;

Daß mit Annahme der Opposition die Adcitation des Peter Alt von selbst erledigt ist;

Aus diesen Gründen

nimmt der Rh. A. G. H. unter Abänderung des Urtheils des Kgl. Landgerichtes in Köln vom 5. Mai 1849 die gegen die Zahlungs- oder Abtretungs-Aufforderung vom 20. Februar 1849 durch Akt vom 16. März 1849 eingelegte Opposition an, vernichtet diese Aufforderung, erklärt die Adcitation des Peter Alt für erledigt, verurtheilt die Appellaten Eheleute Brunn den Appellanten gegenüber in die Kosten beider Instanzen, verurtheilt den Appellanten und Adcitanten Köhler dem Adcitaten Alt gegenüber in die Kosten der Adcitation beider Instanzen, erklärt die Appellaten Eheleute Brunn zum Ersatz auch dieser Kosten verpflichtet und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 5. März 1850.

Advokaten: Kyll — Forst.

Subhastation. — Abänderung der Kaufbedingungen. — Beschluß des Friedensrichters.

Werden im Lizitationstermine zusätzliche Bedingungen zu den ursprünglich entworfenen in Antrag gebracht, so bedarf es eines darauf bezüglichen Beschlusses des Friedensrichters nur dann, wenn gegen die Aufnahme derselben ein Widerspruch erfolgt. Cab.-Ordre vom 9. April 1836.

Digitized by Google

Eich — Rautenstrauch u. Conf.

In einem Subhastations-Verfahren, welches das Handlungshaus Rautenstrauch zu Trier gegen seinen Schuldner Eich eingeleitet hatte, wurde in dem Lizitationstermine die früher in Gemäßheit des §. 4 Subh. Ordn. entworfenen Kaufbedingungen durch einige „zusätzliche Bedingungen" vermehrt eine derselben lautete namentlich dahin: die „Parzellen Nro. 7 u. 8 des Patents werden, nachdem sie einzeln lizitirt sind, für den Gesammt-Erlös ausgeboten und, insofern Mehrgebot erfolgt, dem Meistbietenden, wo nicht, den Ansteigerern der einzelnen Parzellen zugeschlagen." Die Erben des mittlerweile verstorbenen Eich machten unter andern auch aus diesem Umstande einen Oppositionsgrund, indem sie sich auf die Allerh. Cab.-Ordre vom 9. April 1836 beriefen, wonach die Abänderung der Bedingungen nur in Folge eines in das Protokoll aufzunehmenden Beschlusses des Friedensrichters, welcher hier fehle, habe vorgenommen werden dürfen.

Dieser Oppositionsgrund kam, nachdem das Kgl. Landgericht zu Trier durch Urtheil vom 26. Januar 1850 denselben verworfen hatte, im Wege der Berufung zur Cognition des A. G. H.

Auf wessen Veranlassung jene zusätzliche Kaufbedingung gemacht worden sei, war aus dem Lizitations-Protocolle nicht zu ersehen und unter den beiderseitigen Rechtsanwälten bestritten. Das öffentl. Ministerium hielt indeß den desfalls subsidiarisch erbotenen Beweis für irrelevant, indem jedenfalls anzunehmen sei, daß der Friedensrichter diese Abänderung nicht aus eignem Antriebe, sondern nur auf eine von den Interessenten ausgegangene Erinnerung getroffen habe. Wenn dieß aber der Fall, — führte es ferner aus — so habe der Friedensrichter nach der ausdrücklichen Verfügung der Allerh. Cab.-O. vom 9. April 1836, auch wenn Seitens der übrigen Interessenten kein Widerspruch gegen diese Abänderung erfolgt sei, noch vor dem Ausgebote durch einen in das Protocoll aufzunehmenden Beschluß über die beantragte Abänderung entscheiden und auf diese Weise die Kaufbedingungen definitiv feststellen müssen. Da dieß nicht geschehen, so werde die Lizitation der beiden fraglichen Parzellen um so gewisser zu vernichten sein, als die oben erwähnte zusätzliche Bedingung wohl geeignet gewesen, die Kauflustigen für die einzelnen Parzellen vom Bieten abzuhalten.

Digitized by Google

Der A. G. H. theilte jedoch dieſe Anſicht nicht, ſondern verwarf dieſen Oppoſitionsgrund, indem er erwog:

Daß gegen die zuſätzlichen Bedingungen im Lizitationstermine von keiner Seite ein Widerſpruch erhoben wurde, es daher bei dem Mangel eines Streites über dieſen Punkt eines förmlichen Beſchluſſes nicht bedurfte; über den materiellen Inhalt der Bedingungen aber nach dem Lizitationstermine, wie dieß aus der Cab.-O. vom 9. April 1836 unzweideutig erhellet, eine Beſchwerde überall nicht zuläſſig iſt; daß demnach auch dieſe Einrede als unbegründet zu verwerfen iſt.

I. Senat. Sitzung vom 6. Mai 1850.

Advokaten: Borchardt — Widenmann.

Einfache Benefizien. — Eigenthum. — Kirchenfabriken. — Religiöſe Verrichtungen. — Vergütung. — Diözeſan-Reglement. — Biſchof. — General-Vikariat.

Das Stiftungs-Vermögen der früher auf der linken Rheinſeite beſtandenen einfachen Benefizien iſt aus den Händen des Staates eigenthümlich auf die betreffenden Kirchenfabriken nur mit der Laſt übergegangen, die in der Stiftungsurkunde angeordneten religiöſen Verrichtungen von einem Geiſtlichen gegen die in dem Diözeſan-Reglement für ſolche Dienſte beſtimmten Vergütungen erfüllen zu laſſen;

Daher iſt das General-Vikariat der Diözeſe von jeder Verfügung über ſolches Einkommen ausgeſchloſſen, und namentlich nicht befugt, im einzelnen Falle den Theil des Einkommens feſtzuſetzen, welchen die Fabrik für die gedachten Dienſte dem ſie verrichtenden Geiſtlichen abzugeben habe;

Conſularbeſchlüſſe vom 20. Prair. X, 7. Therm. XI, 28. Frim. XII, kaiſerl. Dekret vom 22. Fruktid. XIII, Staatsrathsgutachten vom 2.—21. Frim. XIV, Geſ. vom 18. Germ. X, Art. 69. (vid. auch kaiſerl. Dekret vom 15. Vent. XIII.

Digitized by Google

Heyden — Kirchenvorstand zu Bettweis.

Vor der Einziehung der geistlichen Güter in der Rheinprovinz des linken Ufers, in Folge des Consularbeschlusses vom 20. Prairial X, bestand in der Pfarrkirche zu Bettweis im Kreise Düren, ein Beneficium simplex unter dem Namen: sancti Antonii Eremitae, dasselbe kam kraft der Consularbeschlüsse vom 7. Therm. XI, und 28. Frim. XII, dann des kaiserl. Dekrets vom 22. Frukt. XIII, über die Zurückgabe der Güter an die Kirchenfabriken, wieder in den Besitz der Kirchenfabrik der gedachten Kirche.

Das erzbischöfliche General-Vikariat zu Köln übertrug durch eine Verfügung vom 23. August 1842 dem damals als Vikar zu Bettweis angestellten Appellanten Heyden die Verrichtungen der mit der fraglichen Stiftung verbundenen religiösen Dienste mit der Bestimmung, daß er dafür das ganze Einkommen derselben, nur mit Abzug der Verwaltungskosten und 50 Thlr. für die Kirchenfabrik jährlich zu beziehen habe.

Die letztere war indeß der Ansicht, daß das General-Vikariat zu einer solchen Maaßnahme nicht befugt sei, indem das Vermögen der frühern Beneficien als eine neue Dotation aus der Hand des Staats auf die Kirchenfabriken mit der alleinigen Verpflichtung übergegangen sei, die nach der Stiftung zu erfüllenden religiösen Dienste gegen Leistung der durch das Diözesan-Reglement dafür bestimmten Remunerationen vollziehen zu lassen. Hiernach setzte der Kirchenvorstand zu Bettweis durch einen Beschluß vom 6. Oktober 1842 die jährliche Vergütung für den Vikar Heyden auf 250 Thlr. herab, die ihm auch ausbezahlt wurden. Dieser, der jene Verrichtungen vom 23. August 1842 bis zum 3. Juni 1844 geleistet hatte, wollte sich mit der Anordnung des Vorstandes nicht zufrieden geben, erhob daher unter dem 23. Juli 1847 Klage gegen selbigen auf Rechnungsablage über das Einkommen der Stiftung während des gedachten Zeitraums, und auf Herausgabe des Reliquats, nach Abzug der Verwaltungs-Kosten, der vorbehaltenen 50 Thlr. und der jährlich von ihm bezogenen 250 Thlr. Gestützt ward die Klage auf die Verfügung des General-Vikariats, ferner darauf, daß die einfachen Beneficien durch die französische Gesetzgebung zu ihrer ursprünglichen Bestimmung den Kirchen zurückgegeben worden, und die Vikarien vorzugsweise berufen

Digitized by Google

seien, die religiösen Dienste zu verrichten, womit der Stifter eine Vergütung verbunden habe.

Das Landgericht zu Aachen war jedoch mit dieser Ansicht nicht einverstanden, denn durch sein Urtheil vom 4. Februar 1848 wies es die Klage ab; erwägend, daß das Vermögen sämmtlicher kirchlichen Titel und Anstalten unter die Hand der Nation gestellt worden; daß die Geistlichen sodann für alle kirchlichen Verrichtungen feste Gehalte und Remunerationen erhielten; daß hierauf das nicht veräußerte Kirchen- und Stiftungsgut den Kirchenfabriken titulo novo eigenthümlich überwiesen worden, unter der Verpflichtung, die mit den Stiftungen verbundenen Messen und sonstigen geistlichen Verrichtungen leisten zu lassen und nach dem Diözesan-Reglement zu honoriren, daß dadurch die Stiftungen nicht wieder als selbstständige Institute ins Leben gerufen und dem desservierenden Geistlichen die Revenüen zugewiesen wurden; es vielmehr nur Zweck war, den Kirchenfabriken die Mittel zur Bestreitung der Cultus-Bedürfnisse, neben Verrichtung der stiftungsmäßigen Dienste, zu überweisen; daß die Erhöhung des Honorars nicht einseitig durch die geistliche Behörde, sondern nur mit Zustimmung des Staates geschehen dürfe.

Zur Unterstützung der von dem Heyden gegen dieses Urtheil ergriffenen Berufung stellte er im Wesentlichen Folgendes auf: Sowohl nach den seit der Einziehung der geistlichen Güter im Jahre X erfolgten Gesetze, als nach dem Dekrete vom 30. Dezember 1809 seien die Kirchenfabriken keineswegs Eigenthümerinnen der ehemaligen Stiftungs- und Beneficien-Güter ex titulo novo geworden, die Beneficien seien in der Fabrik nicht untergegangen, selbige haben vielmehr nur die Verwaltung der Güter erlangt, deren Einkünfte nach dem Willen des Stifters, nach ihrer ursprünglichen Bestimmung ganz zu verwenden seien, jedenfalls stehe dem Bischofe allein das Recht zu, in jedem einzelnen Falle die Vergütung des desservierenden Geistlichen, wie hier geschehen, festzustellen, indem eine solche Feststellung das Diözesan-Reglement sei, von welchem das Dekret vom 22. Frukt. XIII spreche.

Dagegen wurde für den Appellaten, unter Bezugnahme auf die ganze Gesetzgebung seit der französischen Revolution, erwiedert: die einfachen Beneficien als moralische Person seien vernichtet, und nicht hergestellt; ihr Vermögen sei Staats-

Digitized by Google

eigenthum, und dann den Fabriken zur Bestreitung der Cultus-Bedürfnisse eigenthümlich übergeben worden. Sei die Stiftung mit religiösen Leistungen beschwert, so müßten diese von der Fabrik vollzogen werden; der dazu von dem Bischofe angewiesene Geistliche habe aber nur Anspruch auf das Honorar, welches das vom Staat genehmigte allgemeine Diözesan-Reglement festsetze; an diesen Grundsätzen habe das Dekret vom Jahre 1809 nicht das Mindeste geändert.

Der Appellationshof erließ hierauf, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums, nachstehendes

Urtheil.

J. E., daß, obgleich weder die Stiftungsurkunde, noch ein sonstiger auf deren Gegenstand und Inhalt bezüglicher Akt vorgelegt worden, unter den Parteien doch darüber kein Streit waltet, daß die Stiftung, wovon es sich handelt in dem einfachen Beneficium einer bei der Pfarrkirche zu Bettweis errichteten Messestiftung bestehe, deren Dotations-Gut durch den, für die vier Departemente des linken Rheinufers erlassenen Consular-Beschluß vom 20. Prairial X unter die Hand der Nation gestellt und erst in Folge der spätern Restitutions-Beschlüsse vom 7. Thermidor XI und 28. Frimaire XII der gedachten Kirche „als einen Theil der Einkünfte ihres Vermögens ausmachend" wiedergegeben worden ist;

Daß alles unter den bezogenen Consular-Beschluß fallende Kirchen-Vermögen volles und unbedingtes Eigenthum des Staates wurde, und bei seiner Zurückgabe an die betreffenden Kirchen von diesen mit keinen andern, als den vom Staate dabei auferlegten Verpflichtungen und Lasten wieder erworben ward;

Daß man hierbei allerdings zwischen dem eigentlichen Fabrik-Vermögen und demjenigen, welches von kirchlichen Stiftungen zu bestimmten Zwecken herrührte, einen Unterschied machte, indem jenes, wovon im ersten Restitutionsbeschluß vom 7. Thermidor XI allein die Rede war, den Kirchen ohne beschränkende Modalitäten zurückgegeben ward, während der nachträgliche Beschluß vom 28. Frimaire XII sich nicht darauf beschränkte, dergleichen Stiftungs-Güter in dem frühern Restitutions-Beschlusse einbegriffen zu erklären, sondern zugleich hinzufügte, daß sie in dieser ihrer Eigenschaft ihrer ursprünglichen Bestimmung wiedergegeben würden;

Daß aber der Appellant hieraus unrichtig die Folge zieht, als seien jene Güter gar nicht in das Eigenthum, sondern nur in die Verwaltung der Kirche übergegangen, und das Eigenthum bei der Fundation selbst als moralischen Person verblieben;

Daß vielmehr, wie namentlich aus dem, den Beschluß vom 28. Frimaire XII erläuternden Staatsraths-Gutachten vom 2. — 21. Frimaire XIV hervorgeht, eine Wiederherstellung jener aufgehobenen einfachen Beneficien gar nicht die Absicht war, und das Gouvernement bei der verordneten Restitution nur den Zweck des Stifters auf Erfüllung der angeordneten religiösen Verrichtungen realisiren wollte, ohne zugleich die Eigenschaft des kirchlichen Beneficiums und die damit stiftungsmäßig verbundenen Rechte des Beneficiaten wieder aufleben zu lassen;

Daß diese Absicht durch die den Pfarrkirchen, auf welche das Vermögen der aufgehobenen Stiftungen überging, zur Pflicht gemachte Bedingung, jene religiösen Verrichtungen durch einen qualifizirten Geistlichen gegen die reglementsmäßige Diözesan-Taxe erfüllen zu lassen, vollkommen erreicht ward;

Daß ganz im Sinne einer so limitativen Verpflichtung das kaiserliche Dekret vom 22. Fruktidor XIII verordnete, daß die den Kirchenfabriken zurückgegebenen Güter und Einkünfte, namentlich auch die mit Messestiftungen belasteten, von den Verwaltern der gedachten Fabriken administrirt und bezogen werden sollten, mithin in die gemeinsame Casse des Fabrik-Vermögens flossen, während von einer Verwendung jener Einkünfte zu ihrem ursprünglichen Zwecke nur noch in der angedeuteten Beziehung die Rede blieb;

Daß, wenn der Appellant aus dem dabei gebrauchten Ausdruck: „conformement au titre“ dennoch einen Anspruch auf den vollen stiftungsmäßigen Genuß für die ihm übertragenen Verrichtungen herleiten zu können glaubt, diese Auslegung zunächst mit dem Inhalt des Dekretes selbst, und insbesondere mit der darin angeordneten Vergütung nach der Diözesan-Taxe in Widerspruch steht, anderen Theils aber auch die Andeutung der Zahlungsleistung, „entsprechend dem Titel,“ in der dabei zu beobachtenden Rücksicht auf die stiftungsmäßige Zahl und Feier der Messen, eine dem übrigen Inhalt des Gesetzes entsprechende Erklärung findet;

Digitized by Google

Daß aber auch jeder Zweifel der Interpretation durch das genehmigte Staatsraths-Gutachten vom 2. — 21. Frimaire XIV gehoben wird, welches die unter andern vorgelegte Frage:

„Le prêtre, qui acquitte les charges d'une fondation, doit il jouir du revenu entier, comme pour le passé?“

gerade mit Bezugnahme und wörtlicher Anführung des Dekretes vom 22. Fruktidor XIII verneint;

Daß der Appellant sich zur Begründung seines Anspruchs ebensowenig auf die Verfügung des erzbischöflichen General-Vikariats vom 23. August 1842 berufen kann, weil dieselbe nach der bisherigen Ausführung auf einer nicht mehr in Kraft bestehenden Bestimmung der ursprünglichen Stiftung beruht, und, insoweit der Wille des Stifters noch gegenwärtig erfüllt werden soll, die Mitwirkung des Erzbischofs nach dem bezogenen Staatsraths-Gutachten sich auf Designation des mit der Erfüllung zu beauftragenden Geistlichen beschränkt;

Daß überhaupt seit der Reorganisation der Kirchenverfassung die frühere Gesetzgebung über die Verwaltung des Kirchenvermögens eine gänzliche Veränderung erlitt, indem durch die schon nach dem Gesetze vom 18. Germinal X (Art. 76) beabsichtigte, bei Veranlassung des Restitutions-Beschlusses vom 7. Thermidor XI in Ausführung gebrachte, und in dem Gesetze vom 30. December 1809 näher entwickelte neue Verwaltungs-Maxime eine eigene Civil-Administration, nach Art der Verwaltung von Gemeinde-Gütern, für das Vermögen der Kirche geschaffen, und, offenbar im gleichzeitigen Interesse der Civil-Gemeinden, dem Kirchen-Vorstand die Sorge und Beaufsichtigung über die Verwendung der Kirchen-Einkünfte überwiesen ward;

Daß unter dem Reglement der Diözese, wonach der Kirchenvorstand fortan die Gebühren für die Erfüllung der stiftungsmäßigen religiösen Verrichtungen auszahlen sollte, nothwendig entweder die im Cultus-Organisationsgesetze vom 18. Germinal X (Art. 69) vorgesehene Regulirung der Oblationen, wozu wesentlich jene von Messen gehören, oder, wenn dieses eine auf die Salarirung von Messen bezügliche Norm nicht enthalten sollte, ein ergängendes derartiges Diözesan-Reglement zu verstehen ist;

Digitized by Google

Daß dagegen die Behauptung des Appellanten, als bilde die für den einzelnen Fall erlassene Verfügung des General-Vikariats die reglementsmäßige Taxe nicht nur mit dem gesetzlichen Begriffe einer derartigen Verordnung, sondern auch mit dem Sinne des Dekretes selbst, welches darauf verweiset, in Widerspruch steht;

In schließlicher Erwägung, daß das über die Organisation und Verwaltung der Kirchenfabriken erlassene neuere Dekret vom 30. Dezember 1809 keine, den angeführten Gesetzen entgegenstehenden Bestimmungen enthält;

Daß insbesondere der Art. 26 desselben, indem er den Kirchmeistern im Allgemeinen zur Pflicht macht, darüber zu wachen, daß alle Stiftungen nach der Intention der Stifter getreu erfüllt und ausgeführt werden „sans que les sommes puissent être employées à d'autres charges," hierbei nicht die Absicht einer Derogation der früheren speziellen Bestimmungen ausspricht, mithin die Erfüllung nach der Intention der Stifter durch diese letzteren ihre selbstverständliche Beschränkung findet, und auch das Verbot, die auf die Erfüllung zu verwendenden Summen zur Bestreitung anderer Lasten zu gebrauchen, der bisherigen Auslegung nicht entgegensteht;

Daß die weitere Ausführung des ersten Richters in diesem Punkte zur Genüge die erlassene Entscheidung rechtfertigt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Aachen vom 4. Februar 1848.

II. Civil-Senat. Sitzung vom 13. Dezember 1849.

Advokaten: Kyll — Forst.

Eheversprechen. — Klage auf Vollziehung, — auf Schadensersatz.

Ein gegebenes Eheversprechen begründet an und für sich keine rechtlichen Folgen. Die Klage auf Vollziehung desselben ist immer unzulässig, und die verweigerte Erfüllung kann nur dann einen rechtlichen Anspruch auf Schadensersatz begründen, wenn das Eheversprechen selbst als die

Digitized by Google

Ursache von Handlungen anzusehen ist, durch welche der klagende Theil wirkliche Nachtheile in seinem Vermögen erlitten hat.

Bracken — Cron.

J. E., daß die Klage auf Vollziehung eines Eheversprechens gesetzlich unzulässig ist und folglich die Nichterfüllung eines solchen für sich allein einen Grund zur Entschädigungsforderung nicht zu bilden vermag; daß die gesetzlich anerkannte Gültigkeit eines Vertrags für die Frage: „ob stattgefundene Versprechen von rechtlicher Wirksamkeit seien," in dem Falle ohne allen Einfluß ist, wenn das Gesetz sie nicht in Betracht genommen und ihnen eine Bedeutung beigelegt hat;

Daß auch die generellen Bestimmungen der Art. 1107, 1142 des B. G. B. schon ihrem Gegenstande nach und insbesondere um deßwillen nicht für anwendbar zu erachten sind, weil sie die Möglichkeit eines Zwangs voraussetzen, während ein solcher bei Ehegelöbnissen ausgeschlossen ist;

Daß daher die Klage in ihrer ursprünglichen Begründung unvollständig war und die Entscheidung des ersten Richters, soviel sie von der Annahme ausgeht, daß Eheversprechen schon an und für sich mit rechtlichen Folgen verbunden seien, in dieser Allgemeinheit nicht für richtig gehalten werden kann;

J. E., daß, wie das Urtheil a quo auch angenommen hat, Eheversprechen zu einem rechtlichen Anspruch auf Schadensersatz Veranlassung geben können, wenn sie als die Ursache von Handlungen anzusehen sind, wodurch der eine Theil in seinem Vermögen Nachtheile erlitten hat, indem sie gesetzlich nicht reprobirt sind und zufolge Art. 1382. 1383 des B. G. B. jeder zur Erstattung des Schadens verpflichtet ist, welchen er durch sein Verschulden einem Andern zugefügt hat;

Daß dieses Falles aber, da der Klagegrund nicht allein und zunächst in der Nichterfüllung des Versprechens, vielmehr auf der Behauptung eines widerrechtlich zugefügten Schadens beruht, vor allem eine vollständige und bestimmte Articulirung desselben erforderlich war und namentlich, bevor auf einen Eid rücksichtlich des Ehegelöbnisses erkannt werden durfte, die Thatumstände präcisirt und nach ihrer Erheblichkeit und Zulässigkeit gewürdigt werden mußten;

Daß jedoch die in dem Antrage der Appellatin vom 25. Februar enthaltenen Angaben nur in allgemeinen Behaup-

Digitized by Google

tungen bestehen und keine solche Thatsachen darstellen, woraus mit einiger Gewißheit auf einen wirklichen positiven Schaden, den Appellatin durch die Schuld des Appellanten erlitten hätte, geschlossen werden kann;

Daß daher das Urtheil a quo durch Nichtberücksichtigung des diesfälligen Antrags des Appellanten und Auferlegung eines Eides, ungeachtet der Irrelevanz der Thatsachen, denselben beschwert hat;

J. E., daß Appellatin zwar jetzt die Thatsachen, worauf sie ihre Forderung gründet, näher aufgestellt hat, daß inzwischen auch diese rechtlich nicht in Berücksichtigung kommen können, indem jene, welche sich auf den entgangenen Gewinn beziehen, gegenstandslos sind, weil Appellant zum Ersatze eines solchen nicht verpflichtet ist, und sodann die übrigen keine Momente darbieten, aus welchen hervorgeht, daß und inwiefern Appellant hierzu die Veranlassung gegeben hätte;

Daß demzufolge die Klage selbst aller rechtlichen Begründung entbehrt;

Aus diesen Gründen

reformirt der A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Elberfeld vom 27. März c., insoweit es auf einen Eid erkannt hat, weist sodann die erhobene Klage als ungegründet ab, verurtheilt die Appellatin in sämmtliche Kosten und verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 27. März 1850.

Advokaten: Müller — Bennerscheidt.

Privilegium des Verpächters. — Mobilien. — Brandassecuranz-Gelder. — Cession nicht fälliger Forderungen. — Falliment. — Rechte des Cessionars.

Das Privilegium des Art. 2102 erlischt mit dem physischen Untergange der betreffenden Mobilien und kann ohne einen ausdrücklich geschehenen Uebertrag, auf die für die verbrannten Mobilien eingehenden Brandassecuranz-Gelder nicht ausgeübt werden.

Digitized by Google

Der Uebertrag einer nicht erfallenen Pensionsrate ist lediglich nach den zur Zeit seines Abschlusses obwaltenden persönlichen Verhältnissen der Contrahenten zu beurtheilen und behält daher, wenn die erforderliche Zustellung an den debitor cessus erfolgt ist, seine Gültigkeit für den Cessionar auch für die erst nach eingetretenem Falliment des Cedenten fällig werdenden Termine.

Falliment Röder — Wähner u. Guffanti.

Der pensionirte Steuer-Inspector Röder führte als Pächter resp. Miether eine Schenkwirthschaft auf dem Gute Knupperzbrücke, welches früherhin Eigenthum des Oberpostsecretairs Wähner gewesen und durch Kaufakt vom 18. August 1843 von diesem an den Gutsbesitzer Guffanti übertragen worden war. Das Gutsinventarium hatte Wähner bereits unter dem 27. August 1842 an den Pächter Röder verkauft und sich zur Tilgung des desfallsigen Kaufpreisrestes von 540 Thlr. von Letzterm durch Akt vom 30. August 1843, welcher unter dem 31. Januar 1844 dem Hauptsteuer-Amte zu Düsseldorf zugestellt worden war, eine Summe von monatlich 30 Thlr. von seinem bei dieser Casse für die Zeit vom 1. Januar 1844 bis zum Juni 1845 zu erhebenden Pensionsbetrage überweisen lassen. Nachdem bald nachher in dem fraglichen Hause eine Feuersbrunst ausgebrochen war, durch welche insbesondere auch das dem Pächter Röder zugehörige, bei der Feuerversicherungs-Gesellschaft Colonia versichert gewesene Mobilar eingeäschert wurde, fallirte Röder. — In diesem Verfahren machten unter mehreren Andern auch Wähner und Guffanti Forderungen geltend, für welche sie ein Privilegium in Anspruch nahmen; Beide nämlich beanspruchten für Forderungen an Pacht- und Mieth-Rückständen aus der Zeit, in welcher ein Jeder von ihnen Eigenthümer des qu. Hauses war, ein Privilegium auf die Assecuranz-Gelder, welche für die versicherten Mobilien von der Colonia gezahlt worden, und überdieß Wähner auch noch für den Restkaufpreis aus dem Verkaufe des Gutsinventariums ein Vorzugsrecht auf die noch nach dem Ausbruche des Fallimentes erfallenen (ihm überwiesenen) Pensionsraten. Auf den Widerspruch des Syndiks erging unter dem 21. März

1849 bei dem Landgerichte zu Düsseldorf ein Urtheil, welches in Bezug auf die hier angeregten Streitfragen folgende Erwägungsgründe enthielt:

„Daß nach Art. 2102 des B. G. B. der Verpächter sich an den Preiß der von dem Pächter eingebrachten Mobilien zu halten berechtigt ist und dieser Ausdruck in seiner Allgemeinheit jede Geldsumme umfassen muß, die als Entgeld und Vergütung an die Stelle dieser Mobilien tritt, sobald dieß in einer Weise und unter Umständen geschieht, die eine weitere Verfolgung der verpfändeten Mobilien von Seiten des Verpächters, Behufs Feststellung des Werthes derselben und Erzielung ihres Preises auf dem Wege des öffentlichen Verkaufs unmöglich machen;

Daß ohne Zweifel da, wo dem Verpächter die weitere Verfolgung, resp. die Revindication der Mobilien, wie bei einem Verkaufe während der Pachtzeit, offen bleibt, eine solche Identifizirung der Mobilien und des dafür contrahirten Preises nicht stattfindet;

Daß es sich aber anders verhält, wenn, wie hier, die Stellvertretung der Mobilien durch den Preis als eine definitive und unabänderliche erscheint und dem Verpächter jeder Angriff auf die Mobilien selbst, Behufs Ermittelung eines andern Preises durch öffentlichen Verkauf, entzogen ist;

J. E. schließlich, was die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit der Seitens des Röder an den Wähner zur Berechtigung der Forderung des Letztern aus dem Kaufvertrage vom 27. August 1842 erfolgten, am 2. September 1843 gerichtlich eingetragenen Cession eines Theiles seiner Pension angeht, daß kein Gesetz die Cession einer noch nicht fälligen, resp. an eine Suspensivbedingung geknüpften Forderung für unwirksam erklärt oder ihre Gültigkeit an die Voraussetzung bindet, daß der Cedent nicht blos zur Zeit der Cession, sondern auch in dem Augenblicke, wo die Forderung fällig wird, über dieselbe zu disponiren befugt sei;

Daß vielmehr auch eine blos eventuelle Forderung in den Grenzen, wie in der Ausdehnung, worin dieselbe zur Zeit der erfolgten Disposition zusteht, mit voller Wirkung durch Cession übertragbar ist, ohne daß eine spätere Veränderung in der Dispositionsfähigkeit des Cedenten auf dessen vorherige gültige Willenserklärung einen nachtheiligen Einfluß üben kann;

Digitized by Google

Daß auch der hier vorliegende Fall dem Uebertrage von Pacht- oder Mieth-Zielern, die erst in einer Zeit zur Hebung kommen, wo der Cedent seines Eigenthums an dem vermietheten oder verpachteten Grundstücke bereits im Wege des gerichtlichen Zwangsverfahrens verlustig gegangen ist, und also jene Miethzieler für ihn gar nicht mehr fällig werden, keineswegs gleichgestellt werden kann.

Aus diesen Gründen wird dann — soviel die hier erwähnten Contestationen anbelangt — in dem Dispositive des Urtheils dem Wähner und Guffanti, wegen der ihnen zustehenden (in quanto nicht bestrittenen) Pachtforderungen ein Vorzugsrecht auf jene Feuerversicherungs-Gelder zuerkannt und überdieß Wähner für berechtigt erklärt, seine Befriedigung wegen der ihm aus dem Verkaufe des Gutsinventars noch zustehenden Forderung vorzugsweise aus demjenigen Theile der Pension des Falliten zu fordern, welcher als abzugsfähiger Theil derselben ihm bis zum 1. Juli 1845 durch Cession überwiesen worden.

Gegen diese Entscheidung legte der Syndik des Röder'schen Fallimento die Berufung ein und suchte durch seinen Anwalt auszuführen, das Privilegium des Verpächters und Vermiethers hafte nur auf den eingebrachten Mobilien selbst, und könne eben deswegen auch, wenn dieselben von dem Eigenthümer verkauft worden, unter gewissen Bedingungen durch die Vindication dieser Mobilien gewahrt, (Art 2102 des B. G. B.) niemals aber auf den dafür bedungenen Kaufpreis geltend gemacht werden; noch weniger sei anzunehmen, daß die Brandassecuranz-Gelder an die Stelle der verbrannten Mobilien treten; der Brand sei ein Casus, welcher die Mobilien und mit denselben das darauf haftende Privilegium vernichtet habe. Die Pensions-Abzüge anlangend, so könne bei der durch das Falliment des Röder eingetretenen Unfähigkeit, zum Nachtheile seiner Gläubiger ferner über sein Vermögen disponiren zu können, auch durch die Cession der erst nach dem Fallimente erfallenden Pensionszieler seinen übrigen Gläubigern, welche mit dem Eintritte des Fallimentes an dem gesammten Vermögen des Falliten ein gemeinschaftliches Unterpfand erlangt hätten, ein Theil dieses Vermögens nicht entzogen und blos zum Vortheile eines einzelnen Gläubigers, des Cessionars Wähner, eingezogen werden. Allerdings sei zwar das Recht auf die Pension

Digitized by Google

zur Zeit des Cessionsaktes für den Cedenten existent gewesen, nicht aber das Recht auf die einzelnen Gefälle, welches erst von Monat zu Monat entstehe. Die Cession der künftigen Gefälle sei daher auch nur unter der stillschweigenden Bedingung gültig, daß der Cedent dieselben wirklich erwerbe; eine Folge des Falliments sei es aber, daß die später fällig werdenden Pensionsziele nicht mehr dem Falliten, sondern seiner Masse anfallen, daß daher die frühere Cession, welche nur einen persönlichen Anspruch gegen den Cedenten erzeuge, keine Wirkung mehr äußern könne.

Die Appellaten machten im Wesentlichen die Gründe des ersten Richters für sich geltend. Das öffentl. Ministerium schloß sich den Anträgen des Appellanten an und der A. G. G. erließ dann folgendes

Urtheil:

J. E. daß das durch Art. 2102 des B. G. B. dem Verpächter eingeräumte Privilegium nach allgemeinen Prinzipien mit dem physischen Untergange der betreffenden Mobilien erlischt und um so weniger auf die zum Vortheil des Pächters, beziehungsweise seiner sämmtlichen Gläubiger erworbenen Brandversicherungsansprüche ausgeübt werden kann, weil diese letztern lediglich den Charakter einer Entschädigungs-Forderung haben, welche durch keine gesetzliche Subrogation an die Stelle der verbrannten Mobilien treten, mithin einem einzelnen Gläubiger nur durch einen ausdrücklichen vorliegend nicht artikulirten Uebertrag zugewiesen werden könnten;

J. E. daß die Uebertragung einer noch nicht erfallenen, mithin vom Leben des Cedenten abhängigen Pensionsrate ein, unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenes Bilateralgeschäft darstellt, dessen definitive Rechtsbeständigkeit lediglich nach den zur Zeit seines Abschlusses obwaltenden persönlichen Verhältnissen der Contrahenten zu beurtheilen ist, indem nach Art. 1179 des B. G. B. die Erfüllung der Bedingung ihre Wirkung bis auf den Tag des Vertrags-Abschlusses zurückerstreckt;

Daß es somit hinsichtlich der Wirksamkeit des Cessionsvertrags vom 30. August 1843 nur auf die unbestrittene Rechtsfähigkeit des Cedenten Röder zur Zeit jener Cession ankommen kann, und die zwischenzeitlich vor Erfüllung jener

Suspensivbedingung eingetretene Falliterklärung desselben in dieser Hinsicht ohne rechtliche Bedeutung ist;

Daß auch die durch jene Cession bezweckte Eigenthumsübertragung der fraglichen Pensionsraten, vorbehaltlich des wirklichen Eintritts der Suspensivbedingung, unter den Contrahenten durch den beiderseitigen Konsensus, hinsichtlich Dritter durch die am 31. Januar 1844 erfolgte Zustellung an die angewiesene Casse perfekt ward, mithin eine besondere Besitzübertragung zu diesem Ende nicht erforderlich war:

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 21. März 1849 insoweit, als dasselbe die Appellaten Wähner und Guffanti für berechtigt erklärt hat, ihre Befriedigung für die ihnen zustehenden Pachtforderungen von 453 Thlr. 10 Sgr. beziehungsweise von 205 Thlr. 18 Sgr 7 Pfg. vorzugsweise vor allen sonstigen Gläubigern zu verlangen; weist besser sprechend diesen Anspruch beider Appellaten auf Zuerkennung von Privilegien für ihre Pacht- und Miethforderungen an den von der Feuerversicherungs-Gesellschaft Colonia gezahlten Brandentschädigungs-Geldern im Betrage von 320 Thlr. als unbegründet ab; verwirft im übrigen die eingelegte Berufung und legt dem Appellaten Guffanti $1/3$ der Kosten dieser Instanz zu Last, kompensirt die übrigen zwei Drittheile zwischen dem Appellanten und dem Appellaten Wähner; verordnet endlich die Rückgabe der hinterlegten Sukkumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 27. Mai 1850.

Advokaten; Lautz — Widenmann. Seligmann.

Mieth- und Pacht-Vertrag. — Veränderung der vermietheten Sache durch einen Dritten. — Auflösung. — Entschädigung.

Neuerungen, welche ein Dritter befugter Weise auf seinem Eigenthum vornimmt und durch welche die vermiethete Sache zu dem bestimmungsmäßigen Gebrauche ganz oder theilweise unbrauchbar wird, berechtigen den Anmiether

nach den Umständen, Auflösung des Vertrages oder Entschädigung zu verlangen.

Art. 1721, 1722, 1725 B. G. B.

Gebr. Mauritz — Gemeinde Linn.

Die Gemeinde Linn verpachtete am 17. Juli 1844 öffentlich und auf neun Jahre mehrere an der Landstraße gelegene Kohlen-Magazin-Plätze, deren Einen die Appellanten Gebr. Mauritz zu einem jährlichen Pachtpreise von 65 Thlr. anpachteten. Zur Zeit dieser Verpachtung lag die Landstraße in gleichem Niveau mit den Kohlenplätzen und gewährte daher eine bequeme An- und Abfahrt. Nach dem hohen Wasserstande des Jahres 1845 fand jedoch die Kgl. Regierung es zweckmäßig, die Straße um etwa 4 Fuß zu erhöhen, wodurch dann natürlich die Abfahrt aus dem Kohlenplatze auf die Straße sehr erschwert wurde. Die Gebr. Mauritz klagten deshalb im Jahre 1846 gegen die Gemeinde auf Aufhebung des Pachtvertrages resp. Entschädigung, wurden jedoch — und zwar in contumaciam gegen die nicht durch Anwalt vertretene Gemeinde — durch Urtheil vom 26. August 1846 mit ihrer Klage abgewiesen. Die Gründe für diese Abweisung lauten, wie folgt:

J. E. zur Sache, daß zwar nach Art. 1721 B. G. B. dem Miether Gewährleistung gebührt wegen aller Fehler und Mängel der gemietheten Sache;

Daß aber dieser Bestimmung unmöglich die Ausdehnung gegeben werden kann, daß der Vermiether auch den Vortheil zu gewähren habe, welcher der Sache zur Zeit des Abschlusses des Vertrages durch besondern äußern Einfluß und günstige Conjuncturen zu Gute kam und später ohne Zuthun des Vermiethers wegfällt;

Daß die von der Kgl. Regierung veranlaßte Erhöhung der in der Nähe des verpachteten Magazinplatzes sich hinziehenden Landstraße, wenn hiedurch die Benutzung desselben auch erschwert wird, noch nicht als ein Fehler der Sache im gesetzlichen Sinne angesehen werden kann;

Daß daher die klägerischer Seits beantragte Auflösung des mit der beklagten Gemeinde unter dem 17. Juli 1844 abgeschlossenen Vertrages aller Begründung entbehrt. *)

*) Interessant ist es, mit diesen Erwägungsgründen ein Urtheil desselben Landgerichts zu vergleichen, welches unter übrigens ganz

Gegen dieses Urtheil legten die Gebr. Mauritz die Berufung ein, welche ihr Anwalt durch Bezugnahme auf die Bestimmungen der Art. 1721 und 1722 B. G. B. und auf die Natur des Mieth- und Pachtvertrages überhaupt zu begründen suchte. In letzterer Beziehung führte er aus, daß der Mieth- oder Pacht-Vertrag seinem Wesen nach eine Veräußerung der Nutzungen von Seiten des Eigenthümers an den Miether oder Pächter darstelle, daß mithin selbstredend der Eigenthümer den Preis nicht mehr fordern könne, sobald, wenn auch ohne sein Verschulden, also durch Zufall oder die (befugten) Handlungen eines Dritten, die Nutzungen aufhören. Er bezog sich dabei namentlich auf Troplong, Louage, Nro. 199 — und erbot subsidiarisch Beweis sowohl über die stattgefundene Höherlegung der Straße, als auch über die dadurch dem Kohlenlager erwachsenen Nachtheile.

---

gleichen factischen Verhältnissen am 12. Mai 1847 auf die Klage eines andern Anpächters Gebrüder Schwengers, über dieselbe Frage erging. Es lautet:

J. E., daß die Kläger ihre Klage auf Auflösung des Pachtvertrages darauf gestützt haben, daß ihnen der Gebrauch des Kohlenmagazins durch die Erhöhung der Landstraße Seitens der Kgl. Regierung so sehr vertheuert und erschwert worden, daß sie dasselbe fernerhin nicht mehr gebrauchen könnten;

Daß in dem klägerischen Antrage das Beweiserbieten sich auch nur über diese Thatsachen erstreckt, folglich eine Erörterung des Thatsächlichen der Klage nicht einmal vorliegt;

J. E., daß der Verpächter das Pachtobjekt während der ganzen Dauer der Pacht in dem Zustande erhalten muß, daß es dem bei Beginne der Pacht bestehenden Gebrauche fortwährend entspricht, indem der Pachtvertrag eine in der Zeit fortlaufende Leistung in sich schließt; Art. 1719 u. arg. Art. 1729.

Daß, wenn ein Dritter diesen Gebrauch unmöglich macht, und zwar in Folge eines von ihm behaupteten Rechts, in welcher Weise untergebens die Kgl. Regierung gehandelt hat, Verpächter auch hiefür dem Anpächter aufkommen muß;

Daß wegen des Art. 1719 l. c. nicht nöthig ist, daß die Unmöglichkeit des ursprünglichen Gebrauches des Pachtobjekts aus dem Mangel der Sache selbst entstehenden sei, sondern genügt, wenn ein außerhalb der Sache liegendes Ereigniß eingetreten, wodurch der freie Gebrauch unmöglich geworden ist;

J. E., daß die zum Beweise erbotene erste Thatsache u. s. w.

Aus diesen Gründen werden dann die Kläger zu dem Beweise zugelassen, daß das ihnen verpachtete Kohlenmagazin in dem gegenwärtigen Zustande wegen Erhöhung der Landstraße in der Art unbrauchbar sei, daß sie wegen der vertheuerten und erschwerten Ausfuhr dasselbe seiner Bestimmung gemäß nicht mehr benutzen können.

Digitized by Google

Der appellatiſche Anwalt machte dagegen beſonders geltend, daß nach Art 1721 B. G. B. der Vermiether nur für Fehler und Mängel, welche dem vermietheten Objekte ſelbſt ankleben, Gewähr zu leiſten habe, und in fernerer Conſequenz dieſes Satzes der folgende Artikel dann auch eine von Rechtswegen eintretende Reſiliation des Miethvertrages, resp. ein Recht auf Verminderung des Miethpreiſes nur da anerkenne, wo die vermiethete Sache ſelbſt durch Zufall ganz oder theilweiſe zerſtört worden ſei, — wovon in vorliegendem Falle überall nicht die Rede.

In Uebereinſtimmung mit dem Antrage des öffentl. Miniſteriums erließ der Rh. A. G. H. hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß wenn durch eine Neuerung, welche ein Dritter befugter Weiſe auf ſeinem Eigenthum vornimmt, die vermiethete Sache ganz oder theilweiſe aufhört, dem Zwecke zu entſprechen, zu welchem ſie gemiethet wurde, der Anmiether unzweifelhaft berechtigt iſt, je nach den Umſtänden die Auflöſung des Vertrages oder Entſchädigung zu verlangen;

Daß in dieſer Vorausſetzung nämlich eine weſentliche Bedingung des Vertrages wegfällt, und für den Anmiether, welcher das Unternehmen des Dritten rechtlich nicht verhindern konnte, und auf welchen daher auch der Art. 1725 des B. G. B. keine Anwendung leidet, der Fall ganz demjenigen gleich ſteht, wo die Möglichkeit des beſtimmungsmäßigen Gebrauchs der Sache, durch einen in Folge höherer Gewalt eingetretenen gänzlichen oder theilweiſen Untergang derſelben oder durch eingetretene Mängel, aufgehoben wird, für dieſe Fälle aber die Reſiliationsbefugniß oder das Recht zur Entſchädigung, in den Art. 1721 und 1722 des B. G. B. wörtlich ausgeſprochen iſt;

J. E., daß nach dem Vertrag vom 17. Juli 1844 das in Frage ſtehende Kohlenlager ausdrücklich als Magazinplatz, zum Kohlenlager alſo, verpachtet worden iſt;

Daß, wenn nun, wie die Appellanten behaupten, und in zuläſſiger Art zum Beweis erbieten, durch die Erhöhung der Straße der gepachtete Platz ſeiner Beſtimmung als Kohlenlager nicht mehr entſprechen ſoll, die Auflöſungsklage offenbar begründet ſein würde;

Daß die Klage daher vom erſten Richter als in thesi

Digitized by Google

nicht begründet, mit Unrecht abgewiesen worden ist, Appellanten vielmehr vorab zu dem von ihnen erbotenen Beweise zu verstatten sind;

Aus diesen Gründen

läßt der Rh. A. G. H. die Appellanten zum Beweise durch Zeugen und Sachverständige darüber zu:

1. Daß bei der Verpachtung des fraglichen Kohlen-Magazins im Jahr 1844 der Boden desselben mit der vorbeiführenden Landstraße sich in gleicher Höhe befand;
2. Daß die Landstraße 1845 — 1846 um vier Fuß erhöht worden;
3. Daß durch diese Erhöhung das Magazin gänzlich unbrauchbar, resp. die Ausfahrt aus demselben unmöglich, oder doch so gehemmt und erschwert worden, das dasselbe als Kohlenlager ohne große Nachtheile nicht benutzt werden kann und seiner Bestimmung nicht mehr entspricht.

beauftragt u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1850.

Advokaten: Stupp — Kyll.

Communal-Förster. — Dienstentlassung. — Pensions-Ansprüche. — Verwaltungsbehörden. — Competenz.

Ueber Dienstentlassung und Pensions-Ansprüche der Communalbeamten haben die Verwaltungsbehörden zu entscheiden.

Eine Beurtheilung der Rechtsmäßigkeit einer von der Verwaltungsbehörde in dieser Beziehung erlassenen Entscheidung steht den Gerichten nicht zu.

Ges. v. 29. März 1844 §. 45. — Ressort-Regl. §. 19. Pensions-Regl. vom 30. April 1825 §. 20.

Decker — Gemeinde Nieder- und Ober-Breisig.

Joh. Ad. Decker wurde durch Verfügung des Landraths von Ahrweiler vom 3. August 1831 zum Communal-Förster von Nieder- und Ober-Breisig ernannt und schloß dann unter dem 11. dess. Monats mit dem Bürgermeister einen später-

Digitized by Google

hin von dem Landrathe genehmigten Vertrag, in Gemäßheit deſſen er eine jährliche Remuneration von 150 Thlr. und 2 Klafter Holz erhalten ſollte, dagegen aber auch übernahm, den durch nicht entdeckte Forſt- und Jagdfrevel der Gemeinde erwachſenden Schaden zu erſetzen. Nachdem er in Folge mehrfacher Beſchwerden und wegen eingetretener körperlichen Unfähigkeit, namentlich Taubheit, durch Verfügung der Kgl. Regierung zu Coblenz vom 11. Oktober 1848 ohne Penſion ſeines Amtes entlaſſen worden war, trat er bei dem Kgl. Landgerichte zu Coblenz gegen die genannte Gemeinde klagend auf und verlangte 1. unter Erklärung der Bereitwilligkeit zur Fortſetzung ſeines Dienſtes die fernere Auszahlung ſeines Gehaltes als Förſter, oder 2. eine den Verhältniſſen entſprechende Penſion nach Maaßgabe des Civil-Penſions-Reglements vom 30. April 1825. — Durch Urtheil vom 19. November 1849 erkannte jedoch das Kgl. Landgericht unter Bezugnahme auf die Geſetze vom 29. März 1844 und §. 19 des Reſſort-Reglements vom 20. Juli 1818, daß es über dieſe Anſprüche zu entſcheiden incompetent ſei und dem Kläger nur die Befugniß zuſtehe, im Wege des Recurſes an die der Regierung vorgeſetzte Behörde eine Abänderung der erlaſſenen Verfügung zu bewirken;

Die gegen dieſes Urtheil eingelegte Berufung wurde von dem Rh. A. G. H. in Uebereinſtimmung mit dem Antrage des öffentl. Miniſteriums verworfen durch folgendes

Urtheil:

In. E. daß nach §. 45 des Geſetzes vom 29. März 1844, das gerichtliche und Disziplinar-Verfahren gegen Beamte betreffend, die Regierungen über die Dienſtentlaſſung der Communal-Beamten, wozu der Appellant als Gemeindeförſter gehört, ſo wie auch nach dem Geſetze von demſelben Datum, betreffend das bei Penſionen zu beobachtende Verfahren, über die Penſions-Anſprüche zu entſcheiden haben;

Daß auch die Kgl. Regierung zu Coblenz bereits über die Dienſtentlaſſung des Appellanten ſo wie über ſeine Penſions-Berechtigung entſchieden hat;

Daß es nach der klaren Vorſchrift des §. 19 des Reſſort-Reglements dem Gericht daher auch nicht zuſtand, über eine Klage zu erkennen, deren Inhalt bereits Gegenſtand der Entſcheidung der competenten Verwaltungsbehörde geweſen iſt;

Digitized by Google

Daß somit das angegriffene Urtheil um so mehr gerechtfertigt erscheint, als nach §. 20 des Pensions-Reglements vom 30. April 1825, Streitigkeiten über die Pensions-Berechtigung der richterlichen Cognition ausdrücklich entzogen sind;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. A. G. H. die Berufung von dem Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 19. November 1849 und verurtheilt den Appellanten in die gesetzliche Strafe und zu den Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1850.

Advokaten: Stupp — Rübsahmen.

Rente. — Umwandlung derselben durch die neuere Gesetzgebung. — Zeitpunkt dieser Umwandlung. — Folgen derselben. — Persönliche und hypothekarische Verpflichtung. — Abzug des Fünftels für die Steuern.

Die älteren Renten können nach ihrer Umwandlung durch die französische Gesetzgebung nicht mehr gegen jeden Besitzer eines rentpflichtigen Grundstücks als solchen eingeklagt werden.

Derselbe haftet vielmehr nur dann, wenn er oder sein Universalrechtsvorgänger das Grundstück zur Zeit der Umwandlung besessen.

Die Umwandlung der Renten hat in der Rheinprovinz erst durch Einführung der Art. 529 und 530 des B. G. B. Statt gehabt.

Durch die Umwandlung erhält die Rente den Charakter eines rückständigen Kaufpreises, und hat daher auch das Privilegium desselben; sie bedarf zu ihrer Fortdauer der Inscription nur in so fern, als das rentpflichtige Grundstück in den Besitz eines dritten Singular-Successors übergeht.

Der Besitzer eines rentpflichtigen Grundstücks zur Zeit der Umwandlung resp. seine Universalrechtsnachfolger haften persönlich nur pro rata

Digitized by Google

dieſes Grundſtückes zu dem ganzen urſprünglichen rentpflichtigen Areal; dagegen ruht die ganze Rente hypothekariſch auf jeder einzelnen Parzelle des rentpflichtigen Immobile.

Der Abzug des Fünftels für die Steuern trifft nicht die Capitalſchuld der Rente und kann auch nicht bei der etwaigen Ablöſe der Rente in Anrechnung kommen.

Eheleute Höcker u. Conſ. — Kirche zu Güſten.

In der vorrubricirten Prozeßſache ſind in verſchiedenen Erkenntniſſen des A. G. H. die obigen Grundſätze entſchieden worden. Neben ihnen kamen in der Sache eine Reihe faktiſcher Fragen zur Erörterung und Entſcheidung, die indeſſen für den hier vorliegenden Zweck weniger Intereſſe bieten, und daher auch in der folgenden Darſtellung und in den Motiven der Urtheile nur in ſo weit mitgetheilt werden ſollen, als ſie zum Verſtändniß der Sache nöthig ſind.

Die Kirche zu Güſten belangte im Jahre 1834 die Eheleute Höcker und verſchiedene Conſorten vor das Landgericht zu Aachen, um ſich ſchuldig erklären zu hören, von dem ſo genannten Hühnerhofe jährlichs einen Erbpacht von 14 Maltern Weitzen zu liefern, die Rückſtände zu zahlen und einen neuen Titel zu ſtellen. Die Klage wurde darauf geſtützt, daß die Klägerin berechtigt ſei, von dem Hühnerhofe, in deſſen Beſitz ſich die Verklagten befänden, die fragliche Rente zu beziehen. Im Laufe der Verhandlungen räumte die Kirche ein, daß $^{10}/_{19}$ jener Rente auf den mit dem Hühnerhofe verbundenen Zehnten gehaftet, und daher mit dieſem Zehnten durch die franzöſiſche Geſetzgebung abgeſchafft worden; ſo wie daß ſchon im Jahre 1818 ein Theil der Rente durch mehrere Rentſchuldner anerkannt worden ſei. Dagegen räumten die, nach Ausſcheiden mehrerer Parteien, im Prozeſſe verbleibenden Beklagten ein, gewiſſe näher bezeichnete Parzellen, welche zum urſprünglichen Hühnerhofe gehört, zu beſitzen. Der Hühnerhof war nämlich durch eine öffentliche Diſtraktion im Jahre 1751 parzellirt worden, bei welcher Gelegenheit der damalige Pfarrer von Güſten ausdrücklich den Vorbehalt machte, daß die Parzellirung nur geſchehen ſolle salva indivisibilitate iuris hypothecae und des zu Lieferung der Erbrenten zu ſtellenden Hauptmannes. Ueber die Höhe der

noch existirenden Rentschuld, so wie über die Frage, ob dieselbe pro toto oder nur pro rata auf jeder einzelnen Parzelle hafte, entstanden unter den Parteien Kontestationen, indem von Seiten der Beklagten namentlich auch auf eine Quittung des Pfarrers zu Güsten von 1785 Bezug genommen wurde, nach welcher schon damals eine Zersplitterung der Rente in zwei Hälften Statt gehabt habe.

Das Kgl. Landgericht zu Aachen hielt ebenfalls diese Quittung für erheblich, erwog übrigens, daß der aus dem Hypothekennexus gegen jeden Besitzer auf das Ganze gerichtete Antrag in der Natur der Hypothek seine Unterstützung finde, wenn nicht als faktisch feststehend anzunehmen sei, daß eine Zersplitterung und Theilung der Schuld nach getrenntem Besitzthume des Schuldners vom Gläubiger bewilligt worden, — und erklärte die Beklagten als Besitzer der resp. Parzellen hypothekarisch verpflichtet, der Klägerin von der eingeklagten Grundrente nach bereits erfolgtem Abzuge des Fünftels noch die Quote von 2 Maltern 12 Vierteln und ⅓ Mödchen mit den Rückständen zu leisten.

Gegen dieses Urtheil wurde von Seiten der Eheleute Höcker u. Conf. Berufung, von Seiten der Kirche Güsten Inzidentberufung eingelegt.

In erster Instanz war ein Zweifel darüber nicht erhoben worden, daß die Beklagten als Besitzer von Hühnerhofsländereien zur Prästirung der Rente verpflichtet seien. Jetzt wurde von Seiten der Appellanten behauptet, daß der bloße Besitz nicht verpflichten könne, und daß auch der nachträgliche Beweis, daß dieser Besitz schon zur Zeit der Umwandlung der Rente dagewesen, jetzt nicht mehr zulässig sei, da die Klage lediglich auf den Besitz gestützt sei. Im Uebrigen wurde im Laufe der mehrfachen Verhandlungen vor dem Appellationshofe von den Appellanten im Wesentlichen aufgestellt, daß die Rente durch Einführung der französischen Gesetzgebung eine rein persönliche Forderung geworden; daß eine hypothekarische Verpflichtung schon deßhalb nicht angenommen werden könne, weil die Rente nicht inscribirt sei; daß jedenfalls nur der Besitzer zur Zeit der Umwandlung und dieser nur pro rata seines Antheils am ganzen rentpflichtigen Grundstücke verhaftet sein könne.

Die Appellatin ſuchte zunächſt die Anſicht erſter Inſtanz feſtzuhalten, daß ſchon der Beſitzer als ſolcher hafte, ſtellte aber ſubſidiariſch das Beweiserbieten, daß die Beklagten resp. ihre Univerſalrechtsvorgänger ſchon im Jahre 1804 oder, wo nöthig, im Jahre 1798 die fraglichen Parzellen beſeſſen; und führte dann folgende Sätze näher aus: nach älterem Rechte habe die Rente unzweifelhaft pro toto auf jeder einzelnen Parzelle gehaftet, wie dies auch in casu durch den Vorbehalt des Pfarrers zu Güſten vom Jahre 1751 beſtätigt werde; eine Zerſpleißung derſelben ſei nicht nachgewieſen; die Umwandlung der älteren Rente durch die franzöſiſche Geſetzgebung habe die Wirkung gehabt, daß die Rente, die früher als ein Immöbel auf einem anderen Immöbel gehaftet, aufgehört habe, ein Immöbel zu ſein, und ferner nur noch ablöslich auf einem andern Immöbel hafte; wenn alſo im älteren Rechte jeder Beſitzer jeder einzelnen Parzelle des rentpflichtigen Grundſtücks pro toto gehaftet habe, und mit der Umwandlung derſelben der unablösliche Nexus des dienenden Grundſtückes in eine ablösliche hypothekariſche Verbindlichkeit des Beſitzers verwandelt worden, ſo könne hierin nur eine qualitative, keineswegs aber eine quantitative Aenderung gefunden werden; es müſſe alſo jetzt, wie früher der Beſitzer zur Zeit der Umwandlung pro toto haften; höchſtens könne man aus Billigkeitsgründen, weil gegenwärtig der Schuldner nicht mehr das Recht de délaisser habe, ſeine perſönliche Verpflichtung auf den Ratentheil beſchränken, während dann aber jedenfalls das hypothekariſche Recht für das Ganze müſſe beſtehen bleiben. Die Inzidentberufung war wegen einer die Kirche benachtheiligenden Berechnung der noch beſtehenden Rentforderung erhoben worden.

Die Sache wurde nach zweimaliger interlokutoriſcher Entſcheidung definitiv durch das Urtheil des Hofes vom 8. März 1849 erledigt. In dem erſten Interlokut vom 24. Juni 1847, durch welches auf den von der Appellatin ſubſidiariſch erbotenen Beweis erkannt wurde, theilte der Hof die Anſicht der Kirche zu Güſten, daß die Rente gegen jeden Beſitzer pro toto gefordert werden könne; in den beiden ferneren Urtheilen nahm er indeſſen die in rubro aufgeſtellte Anſicht an, daß die perſönliche Verpflichtung ſich auf den Ratentheil beſchränke, das hypothekariſche Recht dagegen pro toto beſtehe, während das öffentl. Miniſterium fortwährend

der Behauptung der Appellanten zugetreten war, daß sowohl persönlich wie hypothekarisch nur eine ratirliche Verpflichtung existire.

Das Urtheil vom 24. Juni 1847 lautet in seinen wesentlichen Motiven:

J. E., daß die Natur der in den hiesigen Landen früher bestandenen Grundrenten durch die neuere während der Fremdherrschaft eingeführte Gesetzgebung, welche sie zu den beweglichen Gütern gezählt und für wesentlich loskäuflich erklärt hat, eine vollständige Umwandlung erlitten, indem nunmehr der Grund und Boden, auf welchem sie als eine dingliche Last ursprünglich gehaftet, aufhörte der eigentliche Schuldner der Rente zu sein, und derselbe zu Gunsten des Besitzers von einer Verpflichtung befreit worden, die wegen der wider den Willen des Rentberechtigten unzulässigen Ablösung ein getheiltes Eigenthum in der That darstellte, während durch jene Umwandlung derjenige Eigenthums-Antheil, welcher früher dem Rentberechtigten zugestanden, vermöge der bloßen Kraft des Gesetzes auf den Besitzer überging, und Letzterer nunmehr Eigenthümer des ganzen Grundstückes wurde;

Daß aber das Gesetz gleichzeitig dem Besitzer als Entgelt und gleichsam als Kaufpreis des Erwerbes jenes Eigenthumstheiles und für die Befreiung von dieser Last, die Verbindlichkeit auferlegt hat, den Ablösepreis zu zahlen, und bis dahin, daß dieses geschehen, die frühere Rente als Aequivalent der Zinsen jenes Kaufpreises zu entrichten; daß diese Verbindlichkeit, gleichwie sie das vormalige unbewegliche Eigenthum des Rentgläubigers in eine bloße Forderung des Ablösepreises verwandelte, auf Seiten des Besitzers des mit der Rente belasteten Grundstückes, eine dieser Forderung entsprechende persönliche Verpflichtung erzeugte; daß diese also entstandene neue Verbindlichkeit aber nothwendig auf demjenigen lastete, welcher sich zur Zeit der Verkündigung der neueren Gesetzgebung im Besitze des belasteten Grundstückes befand; daß hingegen Letzteres bis zur Ablöse nur noch in so weit mit einer dinglichen Last behaftet war, als der Betrag des Rentkapitals und die jährliche Rente dasselbe gleich dem Kaufpreise eines Grundstückes mit einer privilegirten Hypothek beschwerte, welche unter der Bedingung der Eintragung in die Hypotheken-Bücher den bloßen zu-

Digitized by Google

künftigen Beſitzer, auf welchen daſſelbe titulo singulari überging, nur verpflichtete, im Falle der Nichtzahlung Seitens des Schuldners, das Unterpfand ohne Vorbehalt abzutreten, falls er nicht vorzog, was jedoch ſeiner Wahl anheimgegeben iſt, die Schuld zu zahlen;

J. E., daß demgemäß aber die Klage auf Leiſtung derartiger Renten, gegen den bloßen Beſitzer des belaſteten Grundſtückes gegenwärtig nicht mehr wie vormals, auf die bloße Grundlage erhoben werden kann, daß ſelbige darauf haftet und der Beſitzer als ſolcher zu deren Entrichtung verbunden ſei, vielmehr die Leiſtung als eine perſönliche Schuld auch nur von dem perſönlich dazu Verpflichteten, mithin nur von demjenigen gefordert werden kann, welcher ſich zur Zeit der Umwandlung im Beſitze des belaſteten Grundſtückes befunden, ſowie von deſſen Rechtsnachfolger vermöge des Erbrechts, oder demjenigen, welcher bei Erwerbung des Eigenthums gleichzeitig die Entrichtung der Rente, als einen Theil des Kaufpreiſes, mit übernommen;

J. E., daß im vorliegenden Falle die angeſtellte Klage gegen die Appellanten auf Leiſtung der fraglichen Grundrente, mit den Rückſtänden ſeit 1817 gerichtet iſt, mithin die Verurtheilung derſelben als perſönliche Schuldner bezweckt, daß, wenn auch dieſe Klage ſowohl in den Vorladungen vom 12. und 13. Mai 1834, als auch in den ſämmtlichen Verhandlungen erſter Inſtanz lediglich auf die Behauptung geſtützt worden, daß die Appellanten und ihre frühern Streitgenoſſen als Inhaber der mit der Rente belaſteten Grundſtücke zu jener Leiſtung verpflichtet ſeien, ohne daß die bereits angedeutete Umwandlung in der Natur des Rechtsverhältniſſes in Betracht gezogen worden, der fehlende Nachweis des zur Begründung der Klage erforderlichen Umſtandes, daß die Appellanten, oder ihre Rechtsvorfahren zur Zeit der Einführung der neuen Geſetzgebung ſich im Beſitze der mit der Rente belaſteten Grundſtücke ganz oder theilweiſe befunden, die Abweiſung des Klägers nicht nothwendig zur Folge haben muß, falls dieſes in der gegenwärtigen Inſtanz, wie ſich die klagende Kirche in dem Subſidiar-Antrage dazu erboten, nachgeholt wird, und in dem nachträglichen Erbieten jenes Beweiſes ebenwenig eine unzuläſſige Veränderung des Klagegrundes gefunden werden kann, zumalen bei Erörterung des vorliegenden Rechtsſtreites beiderlei Rechtsverhältniſſe, ſowohl die aus der frühern Geſetzgebung entſpringenden, als

Digitized by Google

auch die durch jene Umwandlung der Renten neu entstandenen in Betracht gezogen werden müssen, und nach den Regeln des Prozesses eine nachträgliche Begründung der angehobenen Klage auch in zweiter Instanz, falls dieses in erster Instanz in erschöpfender Weise nicht geschehen, immerhin zulässig ist;

J. E., daß mithin der Antrag der Appellanten auf Abweisung der Klage als übel angebracht, weil die Appellatin jene persönliche Verpflichtung derselben zur Zeit noch nicht nachgewiesen, der Begründung ermangelt und der Erörterung der Klage in der Hauptsache nichts entgegensteht;

. . . . . .

J. E., daß wenn aber die fragliche Leistung als eine ungetheilte früherhin auf dem Complexus des ganzen Hofes vor dessen Zertheilung gehaftet, nicht zu bezweifeln, daß dieselbe als eine Rentlast vermöge ihrer dinglichen Natur auch nach der Zersplitterung in gleicher Weise auf jedem einzelnen Bestandtheile desselben haften blieb, und sofern nicht eine ausdrückliche oder stillschweigende, dieses Rechtsverhältniß abändernde Vereinbarung zwischen den Rentberechtigten und den einzelnen Eigenthümern statt fand, jedem einzelnen Eigenthümer, als Repräsentanten des mit der ganzen Schuld belasteten Grundstückes, die Zahlung der ganzen Rente oblag; daß eine solche Untheilbarkeit der Rente im vorliegenden Falle um so gewisser anzunehmen, als nach Inhalt des angeführten Lizitations-Protokolles dieselbe in der zweiten Kaufbedingung auf die eingelegte Protestation des damaligen Pastors zu Güsten wegen der Untheilbarkeit der Hypothek und des zur Lieferung der Erbrente zu stellenden Hauptmannes ausdrücklich vorbehalten worden, sohin selbige als lex emtionis auf jeden einzelnen Erwerber überging;

. . . . . .

„J. E., daß die Grundrenten in den hiesigen Landen erst mit Verkündigung der Art. 529 und 530 des Rh. C. G. B. in den 4 rheinischen Departementen im Februar und März 1804, jene wesentliche Veränderung erlitten, weil der Art. 6 des Gesetzes vom 4. August 1789, so wie das Gesetz vom 25. August 1792 über die Ablösung der Renten niemals in den hiesigen Landen, dagegen das Gesetz vom 18. bis 29. Dezember 1790 erst durch das kaiserliche Dekret vom 17. Thermidor XII (15. August 1804) hier publicirt worden; daß zwar der Art. 7 des in den rheinischen Departementen

Digitized by Google

durch das Réglément sur le régime hypothecaire vom 15. Pluviose VII (3. Februar 1799) publicirten Gesetzes vom 11. Brumaire VII über die neue Einrichtung des Hypothekwesens die allgemeine Bestimmung enthält, daß die constituirten Renten, die Grundrenten und alle Leistungen, welche das Gesetz für loskäuflich erklärte, in Zukunft mit einer Hypothek nicht mehr betroffen werden könnten, daß aber der Gesetzgeber bei Erlassung jener Bestimmung von der Unterstellung ausgegangen, daß die Grundrenten vermöge früherer Anordnungen bereits loskäuflich erklärt worden; daß aber, wie erwähnt, dieses zu jener Zeit in den hiesigen Landen noch nicht der Fall gewesen, sohin die Verfügung jenes Artikels auf dasjenige zu beschränken, was er eigentlich auch nur bezweckt, und was als eigentliche Disposition darin angeordnet worden, daß nämlich die Renten in Zukunft einer Hypothek nicht mehr empfänglich seien, wohingegen es allen Regeln über die Auslegung der Gesetze zuwiderlaufen würde, wenn man jener enunciativen Erklärung, daß das Gesetz dergleichen Lasten für lösbar erklärt habe, eine derartige Wirksamkeit beilegen wollte, daß durch sie auch in den hiesigen Landen eine so erhebliche Umwandlung in der Natur der Grundrenten ohne weiteres eingetreten, ...

Aus diesen Gründen

läßt der Hof, vor definitiver Entscheidung die Kirche zu Güsten zum Beweise durch Schriften und Zeugen darüber zu, daß die Appellanten oder ihre Universalrechtsvorgänger . . die näher bezeichneten Grundstücke im Februar und März 1804 besessen haben u. s. w. . . . . .

Nachdem ein Zeugenverhör statt gehabt, nahm der Hof in seinem ferneren Urtheile vom 25. Mai 1848 den Beweis in Bezug auf 3 Grundstücke für erbracht an. und urtheilte dann, nach vorheriger Berechnung des noch haftenden Rentquantums, folgendermaßen: . . . . . .

J. E., daß diesemnach aber nur noch 2 Malter 14 Viertel 2 Mügden als Betrag der Rente übrig bleiben und von diesem Betrage bei der jährlichen Leistung ein Fünftel für die Steuern abgezogen werden darf, daß dieser letztere Abzug aber die Rente selbst als Kapitalschuld nicht vermindert, und ebenwenig bei der einstigen Ablöse in Anschlag kommen darf, weil derselbe nur den Antheil darstellt, welchen der

Digitized by Google

Rentgläubiger, als zu den Früchten des rentpflichtigen Grundstückes mit berechtigt, von der auf dem letztern haftenden Grundsteuer mit zu entrichten verpflichtet ist, wohingegen mit Aufhören des Fruchtgenusses in Folge der Ablöse jede Beitragspflicht und sohin auch jeder Abzug um so gewisser hinwegfällt, weil die Grundsteuer immerhin nur als eine jedes Jahr erfallende, dem Besitzer der Früchte vom Staate auferlegte, dem Wechsel der Gesetzgebung über die Heranziehung der Grundbesitzer zu den Staatskosten unterworfene Steuer angesehen werden kann;

J. E., anlangend die Frage, in wieweit die Appellanten persönlich zur Zahlung jenes übrigbleibenden Rentbetrags verpflichtet sind, daß dieselben als Erben des Arnold Arnolds nur nach Verhältniß ihres Erbantheils zu jener Leistung persönlich angehalten werden können, und nur noch zu erörtern ist, in wieweit der Erblasser Arnold Arnolds selbst, wenn er noch lebte, als Besitzer der drei namhaft gemachten Parzellen zur Zeit der Umwandlung der Rente in eine persönliche Schuld zu Lasten des Besitzers der rentpflichtigen Grundstücke, zur Zahlung jenes Rentbetrages angehalten werden könnte;

J. E., daß in dieser Beziehung in dem Urtheile hiesiger Stelle vom Juni 1847 bereits ausgeführt worden, daß die fragliche Rente, so wie sie ursprünglich auf dem ganzen Inbegriffe des Hühner-Hofes als ungetheiltes Ganzes gehaftet, nach dessen Veräußerung im Dezember 1751 auf Grund der Kaufbedingungen auf allen dazu gehörigen Parzellen gleicherweise ungetheilt verblieben ist; daß sohin vermöge der festgestellten Untheilbarkeit der Schuld, jeder spätere Besitzer einer Parzelle als solcher die ganze Schuld zu zahlen verpflichtet war, und für die Zukunft sich dieser Verpflichtung nur durch Räumung des rentpflichtigen Grundstückes entziehen konnte;

Daß eine spätere Abänderung dieses Schuldverhältnisses aus den von den Appellanten bezogenen Quittungen der Pfarrer Combli und Linz nicht hervorgeht, weil abgesehen davon, daß diese als bloße Nutznießer eines der Kirche zu Güsten gehörigen Eigenthums die Rechte der letzteren zu schmälern nicht befugt waren, aus dem Inhalte jener Quittungen ein Verzicht auf die Leistung jener Rente als eines untheilbaren Ganzen nicht zu entnehmen ist;

Digitized by Google

J. E., daß sonach eine derartige Verpflichtung der Besitzer der rentpflichtigen Grundstücke zur Zeit der Umwandlung der Renten durch Verkündigung der Art. 529 und 530 des B. G. B. vorhanden war; daß aber jene Verpflichtung nur in der Untheilbarkeit jener Last als einer dinglichen, keineswegs aber in einer Solidarität der einzelnen Besitzer, vermöge einer persönlichen Verpflichtung derselben, beruhte;

Daß, wenn aber die neuere Gesetzgebung den mit der Rente behafteten Grund und Boden zum Vortheile des damaligen Besitzers von jener Last befreit und den dem frühern Rentgläubiger zustehenden Eigenthumsantheil dem Rentschuldner mit der Verpflichtung zugetheilt hat, als Entgelt für diesen Eigenthumserwerb den Rentbetrag für die Folge als eine persönliche Schuld zu leisten, diese letztere Schuld nach der Natur der Sache und dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers nur dem Vortheile entsprechen sollte, welchen der Verpflichtete durch jene gesetzliche Verleihung erwarb, weil sonst das Gesetz, anstatt den Verpflichteten zu begünstigen, denselben mit einer persönlichen Schuld belastet haben würde, welche in vielen Fällen mit dem erlangten Vortheile außer allem Verhältnisse in einem höhern Maße ihn verpflichtete, als dieses unter der früheren Gesetzgebung der Fall war;

J. E., daß in dieser Weise auch die Rechte des Rentgläubigers keineswegs geschmälert werden, weil neben der persönlichen Verpflichtung zur Zahlung der Rente nach Verhältniß des von ihm besessenen Antheils der rentpflichtigen Grundstücke, das hypothekarische Recht als ein dingliches und als solches vermöge seiner Natur untheilbares immerhin auf jeder rentpflichtigen Parzelle haftete, und dem Gläubiger nur, falls der Besitz der Grundstücke in dritte Hände aus einem speziellen Titel überging, die Erhaltung desselben durch Eintragung in die Hypotheken-Register gegen den Drittbesitzer oblag;

J. E., daß mit dieser Auslegung auch der Art. 2 des 2. Titels des Gesetzes vom 15. und 29. Dezember 1790 über die Grundrenten, so wie das in den Rheinlanden nicht verkündete Gesetz vom 25. August 1792 über deren Ablöse in vollkommenem Einklange steht, indem die Ablöse auch die Befreiung der rentpflichtigen Grundstücke von der hypothekarischen und als solchen untheilbaren Last zur Zahlung des ganzen Rentbetrages bezweckt und auch selbst diese durch eine

Digitized by Google

contradiktorische Ermittelung mit dem Rentgläubiger über den Antheil eines jeden Mitbesitzers nach Verhältniß des von ihm besessenen Antheils an den rentpflichtigen Grundstücken aufhören sollte, während ohne jene auf die hiesigen Rheinlanden nicht ausgedehnte Festsetzung dieselbe hypothekarisch auf jedem Grundstücke ganz haftet, und der Besitzer nur durch Zahlung der ganzen Rente das Grundstück von jener hypothekarischen Last befreien kann;

J. E., daß sonach die Appellanten als Erben des Arnold Arnolds persönlich nur zur Zahlung des übrigbleibenden Rentbetrages nach Verhältniß des Werthes der fraglichen 3 Grundstücke zum Betrage der ganzen Rente in Rücksicht auf sämmtliche ursprünglich verpflichteten zum Hühnerhofe gehöhörigen Grundstücke, hypothekarisch für die ganze übrigbleibende Schuld von 2 Maltern 14 Vierteln 2 Mödchen verpflichtet sind, ohne daß es einer hypothekarischen Eintragung derselben bedurfte, weil seit Umwandlung der Renten ein Eigenthumswechsel und Uebergang der rentpflichtigen Grundstücke an dritte Personen als Singular-Rechtsnachfolger nicht stattgefunden hat; daß es diesemnach noch einer contradiktorischen Ermittelung jenes verhältnißmäßigen Antheiles, sofern sich die Parteien nicht in Güte darüber vereinigen, bedarf, und demgemäß sich sowohl die Haupt- als Incidentberufung erledigt.

Aus diesen Gründen

verordnet der Hof eine contradiktorische Ermittelung des Verhältnisses des ganzen Rentbetrages von 2 Maltern 14 Viekteln 2 Mödchen zu dem Werthe der von dem Appellanten besessenen 3 Grundstücke im Verhältniß zu dem Werthe sämmtlicher ursprünglich zum Hühnerhof gehörig gewesenen Ländereien u. s. w.

Die verordnete Ermittelung des ratirlichen Rentbetrages wurde durch Zustellungen unter den beiderseitigen Anwälten vorgenommen, und festgestellt, daß auf die 3 in Frage stehenden Grundstücke ein ratirlicher Rentenantheil von 5 Vierteln $1\frac{3}{4}$ Mödchen falle;

Das öffentl. Ministerium kam auf seine frühere Behauptung zurück, daß, wie für die Abtragung der ganzen Rente durch den theilweisen Besitzer der rentpflichtigen Grundstücke zur Zeit der Mobiliarisirung der Grundrenten keine persön-

Digitized by Google

liche Solidarität beſtehe, eben ſo wenig ſich eine gleiche hypothekariſche Haftbarkeit gegen einen ſolchen Beſitzer begründen laſſe. Denn ſei es richtig, wie es auch in den beiden Urtheilen vom 24. Juni 1847 und 25. Mai 1848 angenommen worden, daß in Folge der Mobiliariſirung der Renten der Grund und Boden der rentpflichtigen Grundſtücke aufgehört hat, Schuldner der Rente zu ſein, das Miteigenthum des Rentgläubigers an dieſem aufgehoben und auf den Beſitzer übertragen worden, daß an die Stelle eine perſönliche Forderung an den Letztern getreten, welche eben wegen des kraft des Geſetzes erfolgten Uebergangs des Miteigenthums des Rentinhabers die Natur eines rückſtändigen Kaufſchillings annimmt, und ihm daher für ſelbige ein Privilegium, resp. Hypothekarrecht gewährt, ſo könne das letztere, als ein acceſſoriſches nicht über die Hauptverbindlichkeit hinausgehen, nämlich ſich nicht auf eine Haftung für die ganze Rente erſtrecken, ſondern lediglich auf einen ſolchen Theil derſelben, welcher durch das Verhältniß des Werths der beſeſſenen Grundſtücke zu demſelben der in Händen Anderer befindlichen beſtimmt werde. Das Urtheil vom 25. Mai ſei indeß von dieſer Folgerung abgegangen, weil dem Rentgläubiger einmal ein Hypothekarrecht zugeſtanden worden, und dieſes als ein dingliches, ſeiner Natur nach untheilbares auf jeder rentpflichtig geweſenen Parzelle hafte. Allein hier handele es ſich nicht um die Natur des Hypothekarrechts, ſondern um die Forderung, wofür es geſetzlich eintrete, und dieſe ſei die nach dem Beſitze rentpflichtiger Grundſtücke zu ermeſſende Rentſchuld des Drittbeſitzers. Hierüber hinausgehen, das vormalige Miteigenthumsrecht des Rentinhabers mit gleicher Ausdehnung in ein Hypothekarrecht verwandeln, und ſo eine acceſſoriſche ohne Hauptverbindlichkeit ſtatuiren, könne nicht als zuläſſig erſcheinen. Das hier fragliche Privilegium resp. Hypothekarrecht ſei erſt mit und aus der Mobiliariſirung der Grundrenten entſtanden, alſo auch nur für die perſönliche Forderung, die dieſe geboren habe, und wenn für dieſe keine Solidarverbindlichkeit beſtehe, ſo könne auch die acceſſoriſche auf die ganze Rente nicht erſtreckt werden.

Wenn das Urtheil vom 25. Mai eine Beſtätigung ſeiner Anſicht in den beiden Geſetzen vom Dezember 1790 und Auguſt 1792 zu finden glaube, ſo werde hiergegen Folgendes bemerkt:

Digitized by Google

Die drei ersten Titel des Gesetzes von 1790 seien in den vier Departementen des linken Rheinufers durch das Decret vom 17. Therm. J. 12 in Folge der Mobiliarisirung der Grundrenten, und zu deren Ausführung publizirt worden. Schon deßhalb dürften diese nur in Uebereinstimmung mit den durch die Rentenumwandlung herbeigeführten Rechtsgrundsätzen aufgefaßt werden. Zudem könne man sich nicht entziehen, die publizirten Titel im Zusammenhange mit dem ganzen Gesetze zu verstehen. Die Verfügung des Art. 2 Tit. 2 sei nun eine Folge und Wirkung des Miteigenthums des Rentgläubigers an den rentpflichtigen Grundstücken, welches der Tit. 5 dieses Gesetzes, mit geringen Ausnahmen, gleich den andern bis dahin bestandenen Rechten dieses Gläubigers bis zur Ablöse beibehalten gehabt. Weil jedoch der gedachte Titel, als unvereinbar mit der Mobiliarisirung, hier absichtlich nicht bekannt gemacht worden, so habe der bezogene Art. 2 seine Grundlage und eben deshalb auch seine Anwendbarkeit verloren. Wie wolle man zudem aus dieser Gesetzesstelle ein Recht und dessen Umfang herleiten, welches das Gesetz von 1790 nicht gekannt, erst durch die Rentenumwandlung dem Rentgläubiger entstanden, und mit den durch die letztere entstandenen Rechts-Verhältnissen im geraden Widerspruche stehen würde. Setze man sich einmal über den Zusammenhang dieses Artikels mit dem ganzen Gesetze und mit dem damaligen Rechtszustande hinaus, so stehe dann nichts mehr entgegen, ihn sowohl auf die persönliche, als Realsolidarität zu beziehen, was man jedoch nicht gelten lassen wolle. Endlich würde sich bei einer solchen abstrakten Annahme des Artikels das behauptete Recht aus demselben keineswegs herleiten lassen, denn daraus allein, daß der Rentgläubiger von dem parziellen Besitzer ein Ablösekapital pro rata seines Besitzes nicht anzunehmen brauche, folge noch gar nicht mit Nothwendigkeit, daß hierdurch gegenwärtig, unter den neuern Rechtsverhältnissen, jenem eine Hypothek zur Sicherung der ganzen Rente gegen einen solchen Besitzer verliehen worden.

Dem fernern aus der Nichtpublikation des 2. Tit. des Gesetzes vom 25. August 1792 gezogenen Argumente stehe gleich der Einwand entgegen, daß so auf den Gesetzgeber der Vorwurf geladen werde, mit der Mobiliarisirung der Grundrenten, der doch überall ganz gleiche Rechts-Verhältnisse zum Grunde gelegt werden, andere rechtliche Folgen

in den 4 Rhein-Departementen (auch in den 9 belgiſchen), andere in dem übrigen Frankreich verknüpft zu haben, indem ſie hier eine Realſolidarität mit ſich führe, die dort nicht vorhanden ſei. Doch daraus, daß am 17. Therm. Jahrs 12 jener Titel nicht auch zur Publikation gekommen, laſſe ſich keineswegs der Schluß ziehen, dieſes ſei eben wegen der hier eingeführten Realſolidarität des parziellen Beſitzers geſchehen. Erwäge man, daß das in demſelben enthaltene eigenthümliche Theilungs-Verfahren auf am 17. Therm. nicht mehr beſtehende und durch andere erſetzte Rechte des Rentgläubigers beruhte, daß es mittelſt unſerer Prozeß-Ordnung zu dem hier fraglichen Zwecke der Vorzeichnung eines beſondern Verfahrens nicht bedurfte, daß auch die Nothwendigkeit einer ſolchen Theilung da immer ſich äußern werde, wo der Rentgläubiger es ſeinem Intereſſe angemeſſen erachtet, den frühern parziellen Beſitzer rentpflichtiger Grundſtücke als Perſonal-Schuldner in Anſpruch zu nehmen, ſo zeige ſich die Unhaltbarkeit der vorgedachten Folgerung.

Schließlich möge auch zur Rechtfertigung des Geſagten ein caſſirendes Urtheil des pariſer Caſſations-Hofes vom 27. November 1835 (Sirey 35. 1. 900.) dienen, welches es mit der Frage zu thun gehabt: ob durch ein von dem Ankäufer eingeleitetes Verfahren auf Freiſtellung des angekauften Grundſtücks von den darauf eingetragenen Hypotheken daſſelbe auch von einer darauf laſtenden Grundrente befreiet werden könne? und bei Beantwortung derſelben die dem Rentgläubiger nach der Mobiliariſirung zuſtehenden Rechte ganz in der hierſeits aufgeſtellten Weiſe characteriſirt habe. Nachdem dort angeführt worden, wie das Geſetz von 1790 die Immobilar-Natur der Grundrenten, ungeachtet der zugeſtandenen Ablösbarkeit noch beibehalten, der Art. 7 des Geſetzes vom 11. Brumaire, Jahrs 7, durch die Entziehung der Pfändbarkeit dieſe Natur ſchon modificirt, ſelbige ſtillſchweigend zu beweglichen Sachen geſtempelt, und der Art. 529 des B. G. B. ihnen endlich ihre unbewegliche Natur gänzlich genommen habe, heiße es ferner: Attendu que le caractère immobilier de la rente foncière étant ainsi complétement anéanti, cette rente ne peut plus être qu'une simple créance mobilière purement hypothecaire, ou même privilégiée sur l'immeuble, mais créance dont un tiers acquereur, devenu tel dans cet état de la législation, peut

Digitized by Google

et doit pouvoir affranchir cet immeuble par les voies légales aujourdhui substituées aux lettres de ratification, à l'effet de purger les privilèges et hypothèques: en telle sorte que, ne pouvant plus être consideré comme débiteur de la rente foncière par le seul fait de la detention de l'héritage, auquel elle a cessé d'être inhérente, le tiers détenteur doit, s'il a rempli les formalités de la purge, être affranchi de toute action de la part du créancier de la rente etc.

Der Antrag gehe dahin: den entwickelten Grundsätzen gemäß die Hypothekarrechte der Kirche zu Güsten zu bestimmen.

Der Appellationshof verurtheilte demnach durch Erkenntniß vom 8. März 1849 die Appellanten persönlich zur Leistung einer jährlichen Rente von 5 Viertel $1^3/_4$ Mückchen und erkannte, daß auf jedem der 3 Grundstücke hypothekarisch eine Rente von 2 Malter 14 Vierteln 2 Mückchen hafte; verurtheilte ferner die Appellanten zur Stellung eines neuen Titels und zur Zahlung der Rückstände der Rente von 2 Maltern 14 Vierteln 2 Mückchen seit dem Jahre 1828.

In den Erwägungen schließt sich dieses letzte Urtheil wesentlich an das vorhergehende vom 25. Mai 1848 an.

II. Senat. Sitzungen vom 24. Juni 1847, 25. Mai 1848 und 8. März 1849.

Advokaten: Wallraf — Nacken.

Condictio indebiti. — Ansteigerer. — Gläubiger.

Der Ansteigerer eines subhastirten Grundstücks, welcher einen darauf eingetragenen Hypothekar-Gläubiger ausbezahlt, hat gegen denselben kein Rückforderungsrecht, wenn bei einem später über den Steigpreis eröffneten Rangordnungs-Verfahren die Hypothek jenes Gläubigers ausfällt.

B. G. B. Art. 1376, 1377, 2186. C. P. O. 750.*)

*) Daß der Ansteigerer, welcher die in einem freiwilligen oder gerichtlichen Rangordnungs-Verfahren auf ihn angewiesenen Gläubiger bezahlte, ein Rückforderungsrecht habe, wenn er nachher andere übergangene Gläubiger bezahlen mußte, wurde erkannt bei Sirey 16, 1, 187 und 190; 42, 2, 525; daß ihm dagegen die condictio indebiti nicht zustehe, wenn er, ohne die Hypothekar-Gläubiger zu beachten, freiwillig den Kaufpreis an Chirographar-Gläubiger des Verkäufers zahlte, bei Sirey 22, 1, 333; vergl. auch Sirey 40, 1, 736.

Digitized by Google

Gerpott — Schramm.

Zufolge Obligation vom 18. Mai 1844 verschuldete Friederich Heinrich Bröcker, Kaufmann zu Crefeld, dem Appellaten Hermann Schramm die Summe von 330 Thlr., zu deren Sicherheit ein dem Schuldner zugehöriges Wohnhaus zu Crefeld verhypothesirt wurde. Unterm 9. September 1845 wurde dieses Haus auf Anstehen eines andern Hypothekar-Gläubigers subhastirt, und dem Appellanten Gerpott für die Summe von 2260 Thlr. zugeschlagen. Am 12. November 1845 zahlte Gerpott an Schramm dessen Forderung mit Zinsen und Kosten im Betrage von 355 Thlr. 22 Sgr. 5 Pfg. und ließ sich dessen Obligation aushändigen. Unterm 28. Mai 1847 aber erhob Gerpott gegen Schramm Klage auf Rückerstattung der ihm ausgezahlten Summe mit Zinsen seit dem Tage der Zahlung, indem er behauptete, daß zufolge eines bei dem Kgl. Landgerichte zu Düsseldorf eingeleiteten Rangordnungs-Verfahrens der von ihm geschuldete Lizitationspreis durch die dem Schramm vorhergehenden Hypothekar-Gläubiger vollständig absorbirt worden sei, letzterer mithin den ihm gezahlten Betrag, als in debite empfangen, zurückgeben müsse.

Durch Urtheil vom 29. Juli 1848 wies das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf diese Klage als nicht begründet ab. Hiergegen ergriff Gerpott das Rechtsmittel der Berufung zum Rh. Appellations-Gerichtshofe, zu deren Begründung sein Anwalt ausführte, da nach dem Ergebnisse des Rangordnungs-Verfahrens die Forderung des Appellaten Schramm ausgefallen sei, derselbe mithin keinen Anspruch auf den von Gerpott zu zahlenden Kaufpreis habe machen können, so liege es zu Tage, daß Gerpott aus Irrthum gezahlt, was er nicht verschuldete, in welchem Falle ihm nach Art. 1376 und 1377 des B. G. B. das Rückforderungsrecht zustehe.

Für den Appellaten wurde dagegen erwidert, durch die vor Eröffnung des Classifications-Verfahrens geleistete Zahlung habe Gerpott nur eine wirklich noch bestehende Schuld getilgt, jedenfalls liege kein Irrthum vor, wie ihn die Art. 1376 und 1377 unterstellten, indem Gerpott keineswegs sich irrthümlich für den Schuldner haltend, sondern als Ankäufer, das heißt: im Namen und zur Entlastung des eigentlichen Schuldners gezahlt habe; sodann wurde noch behauptet, daß Schramm sich auch im Falle des Art. 1377 al. 2 befinde,

Digitized by Google

indem er seinen Titel dem Appellanten ausgehändigt und dadurch die Möglichkeit verloren habe, den ihm vorgehenden Hypothekar-Gläubiger Reymann, dessen Forderung noch durch eine andere Hypothek in Düsseldorf gesichert gewesen, abzufinden und so dessen Rechte zu erwerben, wogegen Seitens des Appellanten erwidert wurde, daß Reymann durch die beiden Hypotheken nicht zur Befriedigung seiner Forderung gelangt sei, mithin auch Schramms Forderung jedenfalls leer ausgegangen sein würde.

Der Appellationshof verwarf die Berufung durch folgendes

Urtheil:

In E., daß der Ansteigerer eines Grundstücks im Subhastationsverfahren nur in so fern von seinen Verbindlichkeiten als Realschuldner befreit wird, als er gemäß Art. 2186 des B. G. B. den Kaufpreis an diejenigen Gläubiger zahlt, die zu dessen Empfangnahme entweder durch ein förmliches Rangverfahren oder durch eine Vereinigung der Hypothekar-Gläubiger mit dem subhastirten Schuldner berechtigt sind;

Daß, in so weit eine solche Vereinigung in gesetzlicher Frist nicht zu Stande kömmt, dem Ansteigerer durch den Art. 750 der B. P. O. das Mittel gegeben ist, seine Befreiung durch Einleitung jenes Rang-Verfahrens herbeizuführen;

Daß dagegen, wenn er mit Unterlassung desselben einen Einzelnen der Hypothekar-Gläubiger befriedigt, hiedurch weiter nichts als eine gesetzliche Subrogation in die Rechte des Abgefundenen (Art. 1251 Nro. 2) zu seinen Gunsten bewirkt wird;

Daß der so befriedigte Gläubiger, wenn kein besonderer Vertrag ihn strenger verpflichtet, nur für die Wahrheit seiner Forderung und Hypothek, nicht aber zugleich dafür zu haften hat, daß die Zahlung des Ansteigerers die nämliche Wirkung habe, als wenn sie in Folge des Rang-Verfahrens von diesem geleistet worden wäre;

Daß nur in letzterm Falle der Ansteigerer als Nichtschuldner dessen, was er über seinen Kaufpreis hinaus an einen Hypothekar-Gläubiger etwa bezahlt hat, anzusehen, und wenn die Zahlung aus Irrthum geschehen, dieselbe auf Grund des Art. 1377 des B. G. B. zurückzufordern berechtigt sein würde;

Daß aber vorliegend, wo der Appellant als Ansteigerer des mit Hypotheken belasteten Hauses, ohne das Collocations-

verfahren abzuwarten oder selbst einzuleiten, den Appellaten als unbestrittenen Hypothekar-Gläubiger für seine Forderung freiwillig bezahlt und die Gültigkeit dieser Zahlung nach Inhalt der darüber ausgestellten Quittung von keiner Bedingung und von keinem Vorbehalte abhängig gemacht hat, jene wesentlichen Voraussetzungen einer gegründeten Rückforderungsklage nicht vorhanden sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Landgerichtes zu Düsseldorf vom 29. Juli 1848 und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Civilsenat. Sitzung vom 7. März 1850.

Advokaten: Stupp — Lautz.

Miteigenthümer. — Selbstständige Verfolgung des Miteigenthums. — Vermögen der Zünfte. — Communal-Vermögen. — National-Eigenthum. — Präclusion fiscalischer Ansprüche.

Der einzelne Miteigenthümer kann die in dem Eigenthume enthaltenen Rechte in Beziehung auf den ihm zustehenden Antheil selbstständig und unabhängig von der Beistimmung der übrigen Miteigenthümer gegen jeden Dritten verfolgen, das Eigenthum gegen Angriffe Dritter vertheidigen und die Sache vindiziren, dabei aber nicht als Vertreter der übrigen Miteigenthümer handeln.

Die Zünfte waren selbstständige Corporationen, ihr Vermögen bildete nicht einen Theil des Communal-Vermögens, es wurde nach Aufhebung der Zünfte National-Eigenthum.

Das Gesetz vom 18. Dezember 1831 schützt denjenigen, welcher erweislich am 1. Januar 1815 oder früher im Besitze (z. B. eines verheimlichten Staatsgutes gewesen ist) nur gegen die Ansprüche des Fiscus, resp. der an seine Stelle getretenen Pfarrkirche oder sonstigen Rechtsnachfolger.

Digitized by Google

Stadt Düren ./. Schöller u. Cons.

Als im Jahre 1847 die Stadt Düren den öffentlichen Verkauf einer vor dem Philippsthore daselbst auf dem Stadt-Teiche gelegenen Walkmühle ankündigte, legten Leopold Schöller u. Söhne und vier andere in Düren bestehende Handlungen gegen diesen Verkauf Einspruch ein, weil die Stadt kein Recht auf diese Walkmühle habe, dieselbe vielmehr ihnen selbst in Gemeinschaft mit den übrigen Tuchfabrikanten zu Düren zugehöre und von diesen auch immer besessen worden sei. Gleichzeitig luden jene fünf Handlungshäuser die Stadt Düren zu dem Kgl. Landgerichte in Aachen, um die Kläger in dem Eigenthume jener Mühle handhaben, sich jede Disposition darüber untersagen und sich in den eventuellen Schadensersatz verurtheilen zu hören. Sie gründeten diesen Antrag darauf, daß die Mühle seit unvordenklicher Zeit stets von ihnen und den sonstigen Tuchfabrikanten zu Düren als ihr Eigenthum benutzt und besessen worden sei und die Stadt sich erst im Jahre 1846 ohne Wissen der Kläger den Besitz derselben angeeignet habe. Subsidiarisch erboten sie deshalb auch den Beweis, daß sie und die übrigen Tuchfabrikanten zu Düren während mehr als 30 Jahren vor 1846 die fragliche Mühle stets verpachtet, den Pacht eingezogen und verwendet, die Mühle in Reparatur- und Bau-Zustand erhalten und sich überhaupt als Eigenthümer derselben gerirt haben.

Der Anwalt der Stadt Düren erwiderte hierauf, die Kläger seien nicht qualifizirt, für sich und die übrigen Tuchfabrikanten Dürens, welche keine Corporation bildeten, angeblich gemeinschaftliche Rechte zu verfolgen; in Beziehung auf die anderen Fabrikanten stehe ihnen der Grundsatz entgegen: on ne plaide pas par procureur, und in Beziehung auf sie selbst, sei die Klage nicht gehörig substantiirt, da sie ihre vermeintlichen Betheiligungs-Ansprüche nicht näher artikulirt hätten.

Die weiter zur Sache selbst vorgebrachten Einreden können hier einstweilen übergangen werden, da das Landgericht unter dem 24. Juli 1848, auf die vorläufigen Einreden eingehend, die Klage abwies durch folgendes

Urtheil:

In. E., daß die vorliegende Klage auf Anerkennung des

Eigenthums an einer vor der Stadt Düren gelegenen Walkmühle gerichtet ist;

Daß eine solche Klage ihrer Natur nach, gleichwie sie gegen alle diejenigen anzustellen ist, welche sich in dem factischen Besitze des Streitobjektes befinden, auch nur von allen denjenigen erhoben werden kann, welche für sich oder für einen solchen, den sie vor Gericht zu vertreten berechtigt sind, einen Eigenthums-Anspruch hieran geltend machen wollen;

J. E., daß in concreto die Kläger nicht sich allein, sondern die sämmtlichen Tuchfabrikanten in Düren als Eigenthümer der fraglichen Walkmühle bezeichnen;

Daß eine Tuchmacher-Zunft mit corporativen Rechten anerkannter Maaßen in Düren nicht besteht;

Daß also zufolge der eigenen Behauptung der Kläger die dortigen Tuchfabrikanten qua singuli an dem Eigenthume jener Mühle betheiligt sind, ohne indeß das Maaß ihrer eigenen Betheiligung näher zu substantiiren;

Daß daher auch nur diese sämmtlichen Tuchfabrikanten zu einer solchen Klage, welche die ganze Mühle zum Gegenstande hat, qualifizirt erscheinen;

Daß daher die Klage, da nach dem Axiom: nul, excepté le prince, ne plaide par procureur, ein Miteigenthümer nicht stillschweigend durch den andern vertreten werden kann, wegen mangelnder Activlegitimation sofort und ohne weitere Prüfung ihrer sonstigen Begründung abzuweisen ist;

Aus diesen Gründen

weist das Landgericht u. s. w. angebrachtermaßen ab.

Auf die von den Klägern gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung erging bei dem A. G. H. folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß es nach der Natur der Verhältnisse und anerkannten Rechtssätzen in den Befugnissen des einzelnen Miteigenthümers liegt, die in dem Eigenthume überhaupt enthaltenen Rechte in Beziehung auf den ihm zustehenden Antheil selbstständig und unabhängig von der Bestimmung der übrigen Miteigenthümer auch gegen jeden Dritten zu verfolgen, ein jeder Miteigenthümer daher aus sich selbst befähigt ist, das Eigenthum gegen Angriffe dritter Personen zu vertheidigen und die Sache zu vindiziren;

Digitized by Google

Daß die Appellatin behauptet, ausschließliche Eigenthümerin der in Frage stehenden Mühle zu sein und in dieser angeblichen Eigenschaft den Verkauf derselben angekündigt hat, daß sonach die den Appellanten angeblich zustehenden Antheile in dem Anspruche der Appellatin und in der von ihr intendirten Maaßregel einbegriffen sind, und darum den Apellanten nicht verwehrt sein kann, auch ohne Concurrenz der angeblichen Miteigenthümer mit der Appellatin über das Eigenthum der Mühle zu rechten;

Daß nach diesen Voraussetzungen den Appellanten der Mangel der Activlegitimation nur in soweit entgegensteht, als sich dieselben abweichend von dem Inhalte des Oppositionsaktes in ihren Anträgen bei der Verhandlung der Sache in erster Instanz zugleich als Vertreter der übrigen Tuchfabrikanten zu Düren als Mitbetheiligten dargestellt haben,— eine Vertretung, die allerdings unstatthaft war, deren Ungesetzlichkeit aber auf die Stellung nicht zurückwirken konnte, in welche sie als in eigenem Namen fungirende Partei durch die ursprüngliche Ladung getreten waren;

Daß in zweiter Instanz nur über die den Legitimationspunkt betreffende Vorfrage verhandelt worden und somit die Entscheidung im Uebrigen dem Gerichte erster Instanz vorbehalten geblieben ist;

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Rh. A. G. H. unter Abänderung des Urtheils des Kgl. Landgerichtes zu Aachen vom 24. Februar d. J. die Appellanten zu dem gegen den angekündigten Verkauf der Walkmühle zu Düren erhobenen Einspruche insoweit für qualifizirt, als sie denselben in eigenem Namen angebracht haben, weiset die Parteien zur weitern Verhandlung der Sache an das besagte Gericht zurück u. s. w.

Als nunmehr die Hauptsache vor dem Landgerichte zur Verhandlung kam, wurde Seitens der Stadt der Klage entgegengesetzt, daß, wenn auch die Kläger nunmehr zu der angestellten Klage insofern für qualifizirt zu erachten seien, als sie ein Miteigenthum an der Mühle geltend gemacht, dieses Eigenthumsrecht doch vor Allem näher angegeben werden müsse, ehe sie, die Stadt, zur Einlassung auf die Klage verpflichtet sei. Sie, die Stadt, bestreite aber den Klägern jedes Miteigenthumsrecht an der Mühle und behaupte, daß

Digitized by Google

der Besitz derselben immer bei ihr gewesen; die Dürener Fabrikanten hätten die Mühle nie in eigenem Namen und als Eigenthümer benutzt. — Von den Klägern wurde dagegen behauptet, die Mühle sei seit unvordenklicher Zeit stets von ihnen und den sonstigen Tuchfabrikanten zu Düren als Eigenthum benutzt und besessen worden, bis die Stadt Düren sich durch einen Gerichtsvollzieher-Akt vom Jahre 1846 für die Eigenthümerin erklärt und von der Mühle Besitz genommen habe. (Dieser Akt, datirt vom 15. Juni 1846 und enthält die Erklärung an den auf der Mühle wohnenden Walker Jakob Dederichs, „daß die hiesigen Tuchfabrikanten die Walkmühle bisher mit Unrecht benutzt hätten, und daß dieselbe nun gemäß Autorisation Einer Kgl. Hochl. Regierung zu Aachen vom 25. v. M. hierdurch für die Stadt Düren in Besitz und Benutzung genommen werde, so daß mit gegenwärtigem Besitzergreifungs-Akt jede Verfügung über dieselbe und jede Benutzung derselben ohne vorherige Genehmigung der städtischen Verwaltungsbehörde aufhöre.") Sodann bemerkten die Kläger noch, daß auch unter der Annahme, die Mühle habe der frühern Tuchmacher-Zunft zu Düren angehört, doch der Stadt darauf kein Anspruch zustehe, indem nach Art. 3. Ges. vom 14. Juni 1791, promulgirt hierselbst am 18. Therm. VI, das Eigenthum der Zünfte als Staatsgut erklärt worden, nach der Allerh. Cab.-O. vom 23. Mai 1818 und dem Ges. vom 18. Dez. 1831 aber das verheimlichte Staatsgut nicht der Gemeinde, sondern denjenigen zugewiesen worden, welche schon am 1. Januar 1815 oder früher im Besitz desselben gewesen seien. — Sie wiederholten daher ihren frühern Antrag, sie als Eigenthümer resp. Miteigenthümer der fraglichen Mühle anzuerkennen, der Beklagten jede Disposition darüber zu untersagen und dieselbe zum Ersatze der etwa gezogenen Perzepten und Perzipienden zu verurtheilen, und erboten sich subsidiarisch wiederholt zu dem schon bei der ersten Verhandlung artikulirten Beweise durch Schriften und Zeugen.

Das Landgericht zu Aachen ging in seinem Urtheile vom 12. Mai 1849 auf dieses Beweiserbieten ein, indem es erwog, daß, da die verklagte Stadt jedes Miteigenthumsrecht der Kläger bestreite, die Klage substantiirt sei (?) und die Kläger zur Klage qualifizirt erscheinen, daß die Kläger jedoch bis dahin den Beweis ihrer Klage nicht erbracht haben, der erbotene Beweis aber erheblich und zulässig sei.

Digitized by Google

Gegen dieses Urtheil wurde Seitens der Stadt die Hauptberufung, Seitens der ursprünglichen Kläger die Inzidentberufung eingelegt.

Zur Begründung der erstern wurde angeführt: die fragliche Walkmühle sei, wenn sie früher Eigenthum der Tuchmacher-Zunft gewesen, nach erfolgter Aufhebung der Zünfte in das Eigenthum der Commune übergegangen; denn die Mitglieder der frühern Zünfte seien gleichzeitig Mitglieder der Gemeinde und das Zunft-Vermögen eigentlich nur ein Theil des Gemeinde-Vermögens gewesen, welches von den Mitgliedern der Zünfte in ihrer Eigenschaft als gleichzeitige Mitglieder der Gemeinde benutzt worden sei. Für diese Ansicht des Sach- und Rechts-Verhältnisses spreche auch der Umstand, daß die Tuchmacher, welche die Mühle benutzt haben, fortwährend und bis in die neuere Zeit eine jährliche Abgabe an die Stadt entrichtet hätten, sowie ein Schreiben mehrerer Tuchfabrikanten an den damaligen Bürgermeister Flügel vom 22. September 1829, durch welches diese den Letztern ersuchten, den Mühlenverwalter Effertz zur Rechnungsablage anzuhalten. Es stehe aber auch rechtskräftig fest, daß die Kläger zwar ihr angebliches eigenes Recht, nicht aber das ihrer angeblichen Miteigenthümer verfolgen können; wollten sie daher ihr Miteigenthum durch eine Klage geltend machen, so müßten sie die Quote ihres Miteigenthums, als den Gegenstand der Klage genau und bestimmt angeben, und zwar um so mehr, als die Stadt sich im Besitze der Mühle befinde und daher als die Eigenthümerin derjenigen Antheile angesehen werden müsse, welche nicht von den Appellaten selbst in Anspruch genommen werden. Ehe daher von einem Beweisverfahren die Rede sein könne, müsse die Klage entweder in der angegebenen Weise näher präzisirt oder, wenn dies nicht geschehe, abgewiesen werden. Das Beweisthema sei aber auch zur Sache unerheblich und nicht geeignet, das Eigenthum der Appellaten zu beweisen; denn auf die Besitzhandlungen der übrigen, nicht im Prozesse befindlichen, Tuchfabrikanten in Düren könne solange nichts ankommen, als nicht nachgewiesen sei, daß die Appellaten die Rechtsnachfolger der Letztern seien. — Nehme man übrigens die Behauptung der Appellaten als wahr an, daß alle Tuchfabrikanten, welche vor und nach in Düren bestanden und zu bestehen aufgehört haben, sich der Mühle zum Walken bedienten, daß also jeder in der Gemeinde,

Digitized by Google

welcher etwas zu walken hatte, dieß in der Mühle walkte, so liege hierin der klarste Beweis, daß die Mühle ein Communal-Eigenthum sei und ein Privat-Eigenthum daran Niemanden zugestanden habe. — Zudem beständen aber auch die sämmtlichen klagenden Handlungshäuser noch nicht 30 Jahre lang; der erbotene Beweis könne daher nicht erbracht werden. — Ueberdieß sei über die behauptete Verpachtung der Mühle ein Zeugenbeweis unzulässig, da das Gesetz über Verpachtungen schriftliche Verträge erfordere. Es wurde daher principaliter Abweisung der Klage, subsidiarisch die Aufgabe einer nähern Präzisirung derselben und jedenfalls Unstatthaftigkeits-Erklärung des Zeugenbeweises beantragt.

Die Appellaten dagegen bestritten, daß das Vermögen der Zünfte einen Theil des Gemeinde-Vermögens gebildet habe und nach Aufhebung der Zünfte mit dem letztern vereinigt worden sei; gerade das Gegentheil ergebe sich aus den (bereits oben angeführten) gesetzlichen Bestimmungen, und da sie nun — wie nicht bestritten worden und nöthigenfalls bewiesen werden könne, schon im Jahre 1815 und früher im Besitze der Mühle gewesen, so könne ihnen gegenwärtig nach dem Präclusions-Gesetz vom 18. Dezember 1831 das Eigenthum nicht mehr streitig gemacht werden. Im Wege der Inzidentberufung beschwerten sie sich sodann auch wegen des ihnen durch das Urtheil a quo noch auferlegten Beweises — und suchten theils aus mehrern von ihnen produzirten Urkunden — auf deren Inhalt es hier nicht näher ankommt — theils aus den eigenen Eingaben und Geständnissen der Stadt nachzuweisen, daß die Mühle das Eigenthum der frühern Tuchmacher-Zunft gewesen, mithin gegenwärtig nicht Eigenthum der Stadt sein könne.

Das öffentl. Ministerium theilte zwar diese letztere Ansicht, bezweifelte indeß, daß hieraus etwas für die Annahme der Inzidentberufung gefolgert werden könne. Wäre — so wurde bemerkt — die Stadt Düren als Klägerin aufgetreten, so würde allerdings die Abweisung der Klage erfolgen können und müssen, sobald, wie hier, zur Genüge nachgewiesen worden, daß die Mühle früher Eigenthum der Tuchmacher-Zunft gewesen und daß dieses Eigenthum weder in Folge gesetzlicher Bestimmungen noch auch durch Vertrag oder Verjährung auf die Stadt übergegangen sei. Hier verhalte es sich aber anders; fünf Handlungshäuser bestritten der Stadt jedes Eigenthum

Digitized by Google

an der Mühle; eine Verurtheilung der Stadt, welche sich, gleichviel auf welche Weise, gegenwärtig im Besitze befinde, könne aber den fünf Klägern gegenüber nur dann erst erfolgen, wenn diese sich als Eigenthümer, mindestens als Miteigenthümer der Mühle zur Anstellung der Klage qualifizirten. Zu diesem Ende erscheine der erbotene und zugelassene Beweis jedoch unter Berücksichtigung der in dem frühern Urtheile des A. G. H. ausgesprochenen Grundsätze nur insoferne erheblich, als die behaupteten Besitzhandlungen von den Klägern resp. deren erweislichen Rechtsvorfahren ausgegangen sein würden. Hierbei sei es dann völlig gleichgültig, welche spezielle Quote an der Mühle jedes der klagenden Handlungshäuser für sich in Anspruch nehme, da sie jedenfalls der Stadt jedes Miteigenthumsrecht bestreiten und insoferne sie mit dieser Klage durchdringen sollten, für die Letztere kein weiteres Interesse in Bezug auf die Betheiligung der Kläger unter sich und mit etwa noch andern Tuchfabrikanten obwalte.

Das mehrbezogene Präclusions-Gesetz könne übrigens von den Appellaten und Inzident-Appellanten nicht zur Begründung ihrer Rechte angerufen werden, da durch dasselbe nur die Ansprüche der Fiscus präcludirt würden, es sich aber von solchen hier nicht handle. Es werde daher die Inzidentberufung zu verwerfen und die Hauptberufung nur in so weit anzunehmen sein, als das Urtheil a quo die Hauptappellaten auch zum Beweise von Besitzhandlungen zugelassen habe, welche nicht von ihnen und ihren Rechtsvorfahren, sondern von andern Tuchfabrikanten ausgegangen sein sollten.

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes, dieser Ansicht entsprechende

Urtheil:

In E., daß die Appellantin zur Begründung der Hauptberufung zuvörderst die Behauptung aufstellt, daß die fragliche Walkmühle, welche in früherer Zeit und vor Aufhebung der Zünfte der in Düren bestehenden Tuchmacher-Zunft zugehört habe, deßhalb als Kommunal-Eigenthum anzusehen sei, weil die Mitglieder der frühern Zünfte gleichzeitig Mitglieder der Gemeinde gewesen seien und nur in dieser letztern Eigenschaft die Genossen der Tuchmacher-Zunft in Düren die hier in Rede stehende Mühle benutzt hätten;

Daß jedoch diese Ansicht sich in keiner Weise rechtfertigen

läßt, indem nach der in Deutschland herrschenden frühern Zunftverfassung die einzelnen Zünfte eines jeden Gewerbes selbstständig für sich bestehende Corporationen bildeten, welche als solche auch besondere Rechte und eigenthümliches Vermögen besaßen, welches mit dem eigentlichen Kommunal-Vermögen der ganzen Gemeinde nichts gemein hatte und keineswegs als ein Theil desselben angesehen werden konnte;

Daß es hierbei auch von keinem Einflusse ist, wenn die Appellaten an die Appellantin eine jährliche Abgabe von der hier fraglichen Mühle bezahlt haben, indem die Appellaten dieselbe nur als eine Erbpacht bezeichnen, welche in einem sehr geringen und sich immer gleich gebliebenen Betrage für das zum Betriebe der Mühle erforderliche Wassergefälle bezahlt worden, die Appellantin selbst aber über die Natur jener Abgabe keine nähere Aufklärung gegeben hat;

Daß eben so wenig eine Anerkennung der Walkmühle als städtischen Eigenthums in dem Schreiben vom 22. Sept. 1829 gefunden werden kann, worin sich die Tuchfabrikanten darüber beschweren, daß der auf die Mühle gesetzte Verwalter keine Rechnung ablegen wolle und den Bürgermeister ersuchen, denselben dazu anzuhalten, indem eines Theils der Inhalt des gedachten Briefes eine solche Anerkennung nicht enthält, andern Theils der Umstand, daß man sich in dieser Angelegenheit an den Bürgermeister wandte, dadurch seine genügende Aufklärung findet, daß der Bürgermeister selbst Tuchfabrikant war;

Daß auch die ferner von der Appellantin aufgestellte Ansicht, daß nach Aufhebung der Zünfte das Vermögen derselben um deshalb Kommunal-Vermögen geworden sei, weil die einzelnen Genossen derselben Mitglieder der Gemeinde gewesen, in den desfalls ergangenen gesetzlichen Bestimmungen ihre völlige Widerlegung findet, indem namentlich das Arreté des General-Commissärs Rudler vom 18. Thermidor J. VI die ausdrückliche Verfügung enthält, daß alles Immobilar-Vermögen der aufgehobenen Zünfte als National-Eigenthum verwaltet werden solle;

J. E., sodann auf die speziellen Beschwerden der Appellantin hinsichtlich des den Appellaten durch Urtheil auferlegten Beweises, daß bereits in dem Urtheile des Hofes vom 5. Juli 1848 näher ausgeführt worden, daß ein jeder Miteigen-

Digitized by Google

thümer berechtigt sei, die in dem Eigenthume enthaltenen Rechte in Beziehung auf den ihm zustehenden Antheil selbstständig und unabhängig von der Beistimmung der übrigen Miteigenthümer gegen dritte Personen zu verfolgen und gegen deren Eingriffe zu vertheidigen, daß namentlich die Appellaten, deren angeblich ihnen zustehende Antheile in dem auf das ausschließliche Eigenthum der Mühle gerichteten Anspruche der Appellantin und in der von ihr intendirten Maaßregel des öffentlichen Verkaufs derselben einbegriffen seien, zu dem dagegen eingelegten Einspruch vollkommen qualifizirt seien, in so fern sie denselben im eigenen Namen erhoben hätten;

Daß somit unter Anwendung jener Grundsätze der zu dem angegebenen Zwecke eingelegte Einspruch auch vollkommen begründet erscheinen würde, wenn die Appellaten überhaupt nur Miteigenthümer der mehrgedachten Mühle sind und daß es zur Durchführung desselben, namentlich, wie die Appellantin dies beantragt, einer nähern und speziellern Angabe über das Verhältniß ihrer Mitbetheiligung selbst, der Appellantin gegenüber, welche das ausschließliche Eigenthum für sich in Anspruch nimmt, nicht bedarf;

Daß dagegen bei Führung dieses Beweises, welcher den Appellaten in Gemäßheit der bisherigen Ausführung und da die Mühle bereits seit dem Jahre 1846 im Besitze der Appellantin sich befindet, obliegt, es sich von selbst versteht, daß die Appellaten zur Begründung ihres Klagefundaments sich nicht auf Besitzhandlungen von etwaigen Miteigenthümern berufen können, welche gar nicht als Partei in dem Prozesse aufgetreten sind; daß daher das vom ersten Richter auch darauf ausgedehnte Beweisthema, in so fern es sich auf die übrigen Tuchfabrikanten von Düren bezieht, beschränkt werden muß, womit dann auch das von den Appellaten in der gegenwärtigen Instanz subsidiarisch gemachte Beweisanerbieten in seinen hierauf bezüglichen Theilen übereinstimmt;

Daß im Uebrigen die einzelnen Thatsachen, welche von den Appellaten zum Beweise erboten worden, speziell genug artikulirt sind und in ihrem Zusammenhange überall erheblich erscheinen; daß namentlich auch eine nähere Angabe der Personen, von welchen die Appellaten ihre Rechte herleiten, sobald nur das Beweisthema in der oben angedeuteten Art abgeändert wird, überflüssig und die Frage, ob die Personen, deren

Digitized by Google

Besitzhandlungen die Appellaten nachweisen werden, als ihre Autoren zu betrachten sind, der weitern Verhandlung nach geschlossenem Beweisverfahren vorzubehalten ist; daß auch in Betreff der Zulässigkeit des Zeugenbeweises kein gegründetes Bedenken obwalten kann, da die Appellaten der Appellantin gegenüber als einer dritten Person den Beweis über Besitzhandlungen zu liefern haben und es sich keineswegs von der Begründung contraktlicher Verhältnisse handelt;

In E., auf die von den Hauptappellaten eingelegte Inzidentberufung, daß dieselben zu deren Begründung sich auf die Bestimmungen der Gesetze vom 23. Mai 1818 und 18. Dezember 1831 beziehen und mit Rücksicht darauf einen ruhigen Besitzstand am 1. Januar 1815, worüber subsidiarisch der Beweis erboten, für genügend erachten, um daraufhin eine Vindikationsklage gegen jeden Dritten begründen zu können;

Daß jedoch die bezogenen Gesetzesstellen den Inzidentappellanten keineswegs das Wort reden, indem dadurch nur bestimmt wird, daß derjenige, welcher sich zu der angegebenen Zeit in dem ruhigen Besitze eines verheimlichten Staatsguts befunden, gegen jeden fernerweitigen Anspruch des Fiskus resp. der an seine Stelle getretenen Pfarrkirche und folgeweise deren etwaige Rechtsnachfolger geschützt seien solle, hieraus mithin keineswegs gefolgert werden kann, daß auch in allen sonstigen Rechtsverhältnissen, namentlich wenn gegenwärtig dritte Personen sich in dem Besitze befinden, das bloße Faktum des Besitzes im Jahre 1815, wenn selbiges nicht binnen rechtsverjährender Zeit fortgesetzt ist, zur Begründung der Vindikationsklage gegen jene Dritte ausreiche;

Daß endlich auch auf den subsidiarischen Antrag der Inzidentappellanten wegen Offenlegung des sogenannten Walkmühlenbuches in der gegenwärtigen Instanz nicht einzugehen ist, es ihnen vielmehr überlassen bleibt, ihre desfallsigen Anträge, in so fern sie für begründet zu erachten, in erster Instanz vorzubringen;

Aus diesen Gründen

normirt der Kgl. Rh. A. G. H. unter Abänderung des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 12. Mai v. J. den den Klägern auferlegten Beweis dahin:

Digitized by Google

„daß sie resp. ihre Autoren während 30 Jahren vor 1846 die Walkmühle vor dem Philippsthore zu Düren neben Wergifosse und der rheinischen Eisenbahn stets vermiethet, die Miethe eingezogen, die Mühle in Reparatur und Bauzustand gehalten und sich überhaupt als Eigenthümer derselben gerirt haben;

verweiset zur Führung dieses Beweises und weitern Verhandlung die Parteien vor den ersten Richter zurück, verwirft im Uebrigen sowohl die Haupt- als Inzidentberufung als unbegründet, compensirt die Kosten dieser Instanz und verordnet die Zurückerstattung der hinterlegten Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1850.

Advokaten: Stupp — Müller.

Oede Viehtrift. — Wechselseitige, zwischen Kirchspielen. — Einseitige. — Ruralgesetz.

Das Ruralgesetz vom 28. September — 6. Oktober 1791 bezweckte hauptsächlich, diejenige öde Viehtrift, welche auf einer stillschweigend eingegangenen Gesellschaft oder auf einer bloßen Toleranz beruhete, aufzuheben. — Nur die **wechselseitige** öde Viehtrift zwischen zwei Kirchspielen wird durch Art. 2 abgeschafft, in sofern sie sich nicht auf einen Titel oder auf einen durch die Gesetze und Gewohnheiten autorisirten Besitz gründet. — Das **einseitige**, Kraft eines besondern Servitutrechts bestehende, Weiderecht der einen Gemeinde auf der Feldflur der andern wird durch das Ruralgesetz nicht berührt. *)

Gemeinde Zeltingen und Rachtig — Gemeinde Bombogen und Wengerohr.

Die Gemeinde Bombogen und Wengerohr nahm eine Weidegerechtigkeit auf den der Gemeinde Zeltingen und Rachtig zugehörigen Distrikten Ringel und Rassel in Anspruch und gründete diesen Anspruch im Wesentlichen auf drei Urkunden aus den Jahren 1562, 1601 und 1810. Die verklagte Gemeinde bemühete sich in erster Instanz darzuthun,

*) Vergl. die Urtheile des A. G. H. Arch. 29. 1. 175. u. 40. 1. 204, welche von andern Grundsätzen ausgehen.

Digitized by Google

daß diese Urkunden weder eine Constituirung noch eine Anerkennung einer solchen Weidegerechtigkeit enthielten. Gleichwohl erkannte das Kgl. Landgericht zu Trier durch Urtheil vom 24. Oktober 1848 auf Grund jener Urkunden den behaupteten Anspruch der klagenden Gemeinde als gerechtfertigt an und verurtheilte daher die Verklagte dem Klage-Antrage gemäß.

Bei der Seitens der Letztern gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung wurde von dem appellantischen Anwalt die Klage zunächst durch die Behauptung zu beseitigen versucht, daß durch das Rural-Gesetz vom 28. September — 6. Oktober 1791, Tit. 1 Absch. 4 Art. 2 die in Anspruch genommene Weidegerechtigkeit, wenn sie jemals bestanden, abgeschafft und aufgehoben worden sei. Der Zweck dieses Gesetzes — sagte er — sei die Befreiung des Grund und Bodens von fremder Weideberechtigung, die Anerkennung des ausschließlichen Weiderechts des Eigenthümers auf seinen Besitzungen gewesen. Von diesem Gesichtspunkte aus habe der citirte Art. 2 die Weidegerechtigkeit, welche bis dahin ein Kirchspiel auf dem Territorium des andern gehabt, grundsätzlich aufgehoben und nur für die Fälle bestehen lassen, wo diese Weidegerechtigkeit eine wechselseitige und zugleich eine auf Titel oder durch Gesetze und Gewohnheiten autorisirten Besitz gegründete gewesen sei; „in allen andern Beziehungen sei sie — nämlich die Weidegerechtigkeit des einen Kirchspiels auf dem Territorium des andern — abgeschafft." In dem vorliegenden Falle fehle die Wechselseitigkeit und es könne daher auf eine Untersuchung darüber, ob die produzirten Urkunden als Titel für die behauptete einseitige Gerechtigkeit anzusehen seien, weiter nicht ankommen. — Man bezog sich zur Unterstützung dieser Ausführung insbesondere noch auf: Fölix Weidgang §§. 23, 26 und 69, sowie auf zwei Urtheile des A. G. H. im Archiv Bd. 29. 1. 175 und Bd. 40. 1. 204 und auf das Staatsraths-Gutachten vom 30. Frim. XII.

Der appellatische Anwalt bestritt weniger diese Auslegung des Ruralgesetzes, als dessen unbedingte Anwendbarkeit auf unsere, von den Agrikultur-Verhältnissen Frankreichs ganz verschiedenen Zustände.

Das öffentl. Ministerium hielt dagegen die Gültigkeit des hierselbst förmlich publizirten Ruralgesetzes an und für sich für ganz unbedenklich, dagegen die demselben von dem

Digitized by Google

appellantischen Anwalte gegebene Deutung für durchaus verfehlt. — Der Art. 2 — wurde bemerkt — spreche gar nicht von der einseitigen Dienstbarkeit des einen Kirchspiels auf dem Banne des andern, sondern nur von der wechselseitigen Dienstbarkeit zwischen mehrern Kirchspielen; diese wechselseitigen Dienstbarkeiten sollten nur unter den dort angegebenen Bedingungen einstweilen fortbestehen, in allen anderen Beziehungen aber — d. h. wenn diese Bedingungen nicht vorhanden seien — abgeschafft sein. Die einseitige Dienstbarkeit, welche die eine Gemeinde jure servitutis auf dem Banne der andern Gemeinde besitze, sei so wenig als eine solche einseitige Dienstbarkeit zwischen Privaten unter sich oder Privaten und Gemeinden durch irgend eine ausdrückliche Bestimmung des Rural-Gesetzes, welches überdieß eine ausdehnende Erklärung nicht gestatte, abgeschafft worden, und es komme daher in jedem einzelnen Falle einer solchen behaupteten einseitigen Dienstbarkeit darauf an, deren rechtlichen Erwerb und Besitz durch Titel oder auf sonstige gesetzlich zulässige Weise darzuthun.

Der A. G. H. adoptirte diese Ansicht in folgenden Erwägungsgründen seines

Urtheils:

In E., daß das Gesetz vom 6. Oktober 1791, worauf die Appellantinnen zur Beseitigung der gegen sie erhobenen Klage Bezug nehmen, da dasselbe bis dahin bestandene Rechte in Betreff der öden Viehtrift aufhebt, keineswegs über die darin festgesetzten Grenzen ausgedehnt werden darf, und daher aus der allgemeinen Absicht des Gesetzes, die öde Viehtrift einzuschränken, weil sie einer verbesserten und nachhaltigen Bodenkultur hinderlich, sowie der Freiheit und Ertragsfähigkeit nachtheilig sei, keine weitere Folgerungen herzuleiten sind, als sich aus den einzelnen gesetzlichen Verfügungen selber ergeben und in allen übrigen davon nicht berührten Punkten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen müssen;

Daß nun das bezogene Gesetz, nachdem es Titel I Absch. 4 Art. 1 den Grundsatz ausspricht, daß es jedem Eigenthümer freistehe, Viehheerden in solcher Zahl und Gattung, wie er es für den Bau und die Benutzung seiner Ländereien für nützlich erachte, zu halten und sie auf denselben ausschließlich weiden zu lassen, vorbehaltlich der Bestimmungen

Digitized by Google

wegen der Koppel- und Stoppelweide, in seinem 2. Artikel zuerst für die zwischen verschiedenen Gemeinden auf ihren beiderseitigen Bännen bisher wechselseitig bestandenen Koppelhut nur dann die Fortdauer derselben zuläßt, wenn dies Verhältniß sich entweder auf eine Urkunde oder auf einen durch Gesetze oder Statutarrechte als wirksam anerkannten Besitz gründet; sodann im folgenden Art. 3 die ebenfalls ex jure familiaritatis et vicinitatis zwischen den Einwohnern der nämlichen Gemeinde übliche gemeinschaftliche Benutzung der in ihrer Feldflur liegenden Grundstücke, nachdem der Eigenthümer die Früchte davon geerndtet, zur öden Viehtrift nur dann beibehalten wissen will, wenn diese gemeinschaftliche Benutzung durch ein Gesetz, oder durch eine besondere Urkunde oder durch einen unvordenklichen Ortsgebrauch gebilligt wird;

Daß aus einer Vergleichung dieser gesetzlichen Bestimmungen, wonach in allen andern Fällen jene beiden Socialverhältnisse abgeschafft sind und durch Verjährung ferner nicht mehr erworben werden können, sich ergiebt, daß jenes Gesetz zu seinem Hauptgegenstande hatte, diejenige öde Viehtrift, welche auf einer stillschweigend eingegangenen Gesellschaft oder auf einer bloßen Toloranz beruhete und nur darin ihren Grund hatte, daß sie mit Vortheil für jeden Einzelnen nur in Gemeinschaft ausgeübt werden konnte, aufzuheben;

Daß mithin jene Bestimmungen keineswegs auf den Fall ausgedehnt werden können, wo kraft eines besondern Servitutrechts ein einseitiges Weiderecht zu Gunsten der klagenden Gemeinden, beziehungsweise der sie bildenden ländlichen Besitzungen auf ganz bestimmte, in dem Eigenthume der verklagten Gemeinde sich befindende Distrikte in Anspruch genommen wird und somit in jeder Beziehung ganz andere Verhältnisse eintreten, als von welchen der Gesetzgeber bei Erlassung des mehrgedachten Gesetzes ausgegangen ist;

Daß hiernach nur die Frage noch näher zu untersuchen ist, ob die von den klagenden Gemeinden in Anspruch genommene Weidgerechtigkeit nach Maaßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen als begründet anzusehen ist;

Daß in dieser Hinsicht die von den klagenden Gemeinden zur Begründung ihrer Ansprüche vorgelegte und von der Gegenseite ihrer Form nach nicht bestrittene Urkunde u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 24. Juni 1850.

Advokaten: Lautz — Stupp.

Digitized by Google

Frachtführer. — Eisenbahn. — Verantwortlichkeit.

Die Klausel eines Frachtbriefes „daß bei der Entschädigung für vernichtete oder abhanden gekommene Güter der Werth eines Centners nie höher als 20 Thlr. angenommen werde" ist gültig und wirksam, in soweit nicht dadurch die Verantwortlichkeit wegen des eignen Dolus des Frachtführers oder wegen einer der Arglist gleichstehenden groben Verschuldung desselben beschränkt werden soll.

Dies gilt auch in Bezug auf Versendung durch Eisenbahnen.

Art. 103 des H. G. B.

Jongen et Milchsack — Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft.

Die Handlung Jongen et Milchsack zu Köln ließ am 28. Juli 1849 die Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft vor das Handelsgericht zu Köln vorladen, um sich verurtheilen zu hören: ihr 242 Thlr. als Ersatz des Werthes eines Ballens Manufaktur-Waaren zu bezahlen, welcher der Beklagten zum Transport nach Münster übergeben, aber nicht abgeliefert worden sei. Die Klage wurde auf Art. 103 des H. G. B. und §. 25 des Eisenbahngesetzes von 3. November 1838 gestützt. Die Eisenbahngesellschaft erbot den Beweis: daß der Ballen vom Bahnhofe in Dortmund entwendet worden sei, ohne daß der Gesellschaft eine Nachlässigkeit zu Last falle; außerdem wandte sie ein, den von dem Kläger angeführten gesetzlichen Bestimmungen sei durch §. 12 Nro. 7 des Eisenbahnreglements derogirt, worauf in den Frachtbrief-Formularen der Eisenbahn, welche von den Versendern ausgefüllt werden, Bezug genommen sei; der §. 12 Nro. 7 des Reglements enthalte die Stipulation: daß „sowohl bei der Entschädigung für vernichtete oder abhanden gekommene Güter als bei der verhältnißmäßigen Entschädigung für beschädigte und defekte Gegenstände der Werth eines Centners nie höher als 20 Thlr. angenommen werde, den Fall besonderer Versicherung ausgenommen. Hiernach habe die Beklagte äußerstenfalls für jene 252 Pfund Güter nur 50 Thlr. 12 Sgr. zu vergüten.

Digitized by Google

Das Kgl. Handelsgericht verurtheilte am 16. August 1849 die Eisenbahngesellschaft zu dem von dem Kläger geforderten Betrage, indem es erwog:

Daß der angebotene Beweis des Diebstahls unerheblich sei, indem ein Diebstahl mit höherer Gewalt nicht behauptet werde;

Daß es sich ferner bei einer Vergleichung der Art. 98 und 103 des H. G. B. ergebe: daß jene Bestimmungen des Reglements der Beklagten, ungeachtet darauf in den Frachtbriefen Bezug genommen werde, für den Versender durchaus nicht bindend seien, da der Art. 103 verfüge, daß der Frachtführer mit Ausnahme der Fälle einer höhern Gewalt für den Verlust der zu transportirenden Gegenstände hafte, während der Art. 98 dem Kommissionär für Transport zu Lande und zu Wasser erlaube, im Frachtbriefe sich auszubedingen, daß er für Schaden an den Waaren und Effekten und für den Verlust derselben nicht hafte;

Daß diese gesetzliche Unterscheidung darauf beruhe: daß man wohl stipuliren könne, daß man für die Handlungen und Unterlassungen Anderer nicht hafte, während die Stipulation unerlaubt sei, daß man selbst für die Folgen nicht verantwortlich sei, welche der Mangel oder die Unterlassung derjenigen Vorsichtsmaaßregeln haben, wozu man verpflichtet ist,

Daß sonach jene Bestimmung des Reglements aufrecht erhalten nichts Anderes wäre, als zugeben, daß den Gesetzen, welche die öffentliche Ordnung und die guten Sitten angehn, durch Privatverträge derogirt werde, was aber nach Art. 6 des B. G. B. unstatthaft sei;

Daß wenn nun nach dem Gesagten der Frachtführer die Verantwortlichkeit für den Verlust der ihm anvertrauten Gegenstände überhaupt nicht beseitigen könne, es ebenso unzulässig erscheinen müsse, wenn er diese Verantwortlichkeit nur zum Theil übernehmen wolle, wie dies vorliegend der Fall sei.

Beim Kgl. Appellationshofe, zu welchem die Sache in Folge Berufung der Eisenbahngesellschaft gedieh, wurde von Jongen et Milchsack zur Unterstützung des Urtheils erster Instanz u. A. noch angeführt: der §. 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 gehöre, wie alle Eisenbahngesetze die zum Schutze des Publikums gegen die Uebergriffe von monopolisirenden Gesellschaften gegeben seien, der öffentlichen Ordnung

Digitized by Google

an, und könne durch „Vertrag" nicht abgeändert oder beschränkt werden. Ferner erboten Jongen et Milchsack subsidiarisch den Beweis: daß die fraglichen Waarenballen auf dem Bahnhofe zu Dortmund mit einer bedeutenden Menge anderer Waaren zugleich gestohlen worden und daß dabei die Eisenbahngesellschaft die gewöhnlichen und nothwendigen Vorsichtsmaaßregeln und Wachtsamkeit unterlassen habe; eventuell daß Beamten der Gesellschaft an diesem Diebstahl sich betheiligt haben.

Das öffentl. Ministerium sprach sich für die Appellantin aus. Es suchte unter Anderen auszuführen: daß die Urtheile Arch. 36. 1. 243. — 38. 2. 86. *), welche dem obigen Erkenntnisse des Handelsgerichts ersichtlich zu Grunde gelegt seien, in sofern keinen Beifall verdienen dürften, als sie den auch hin und wieder in franz. Erkenntnissen sich findenden Grundsatz enthielten, es sei gegen die öffentl. Ordnung oder widerstreite dem Wesen des Vertrags, wenn man die Verantwortlichkeit wegen eigener Schuld modifizire oder einschränke. Dies könne mit Recht nur in Bezug auf den dolus oder die lata culpa quae dolo aequiparatur behauptet werden, (Vergl. auch Arch. 36, 251 Note *) weil es der bona fides des Contrakts widerstreite, die Verantwortlichkeit wegen dolus auszuschließen, wogegen es den Parteien freistehe, zu verabreden: daß im Falle eines sonstigen geringern Mangels an Sorgfalt keine Ersatzpflicht oder nur Ersatzpflicht bis zu einem bestimmten Betrage übernommen werde. Der Gegensatz, welchen man zwischen Art. 98 und Art. 103 des H. G. B. mache, lege der so häufigen Clausel: S'il n'y a stipulation contraire in Art. 98 ein vom Gesetze nicht gewolltes und nicht begründetes Gewicht bei; der §. 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 lasse durchaus nicht erkennen, daß er besondere Ausbedingungen ausschließe, vielmehr werde in diesem Paragraphen nur der im rheinischen H. G. B. für den Frachtführer geltende Rechtssatz auf die Eisenbahnen in der ganzen Monarchie ausgedehnt. Sei es für das Publikum wegen der Nothwendigkeit sich der Eisenbahnen zu bedienen unbillig, wenn die letztern zu ihren Gunsten Clauseln von der hier fraglichen Art vorschrieben, so sei nicht der von

*) Vergl. auch Pardessus C. d. d. comm. I. 553. Troplong louage Nro. 926.

Digitized by Google

dem ersten Richter eingeschlagene Weg, sondern eine Einwirkung der Regierung auf die Reglements geeignet, um dem Uebelstande entgegen zu wirken.

Der A. G. H. erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß der §. 12 des von der appellantischen Gesellschaft öffentlich bekannt gemachten Reglements für die Beförderung von Gütern de dato 12. April l. J. sub Nro. 7 die ausdrückliche Bestimmung enthält, daß, der Fall besonderer Versicherung ausgenommen, bei der Entschädigung für vernichtete, oder abhanden gekommene Güter der Werth eines Centners nie höher als 20 Thlr. angenommen werde;

Daß in den Frachtbriefformularen, welche den Versendern von der Appellantin regelmäßig zur Ausfüllung übergeben werden, auf dieses Reglement speziell Bezug genommen und daß namentlich darin bemerkt ist, daß die Güter unter den Bedingungen des für die Köln-Mindener Eisenbahn bestehenden Reglements versandt würden;

J. E., daß von dem appellatischen Handlungshause thatsächlich nicht bestritten wird, daß der Frachtbrief, womit es die Versendung des hier in Rede stehenden Waarenballens begleitet, in einem mit der obigen Clausel versehenen, von ihm ausgefüllten und unterzeichneten Formulare der Gesellschaft bestanden habe;

Daß hiernach anzunehmen, daß sich das appellatische Handlungshaus den Bedingungen des Reglements unterworfen habe, und somit ein Vertrag vorliege, durch welchen die gesetzlichen Bestimmungen über den Umfang der Verpflichtungen des Frachtführers abgeändert worden sind, und in Folge dessen die Appellantin welche ihre Ersatzpflichtigkeit rücksichtlich des abhanden gekommenen Ballens im Allgemeinen nicht mehr contestirt, dafür nur eine Entschädigung von 20 Thlr. pro Centner zu leisten haben würde;

J. E., daß auch eine derartige Modifikation der gesetzlichen Bestimmungen, mit dem ersten Richter für unverbindlich nicht zu achten ist;

J. E., daß im Allgemeinen die Parteien in ihren Privatverträgen nur in soweit beschränkt sind, daß ihre Vereinbarungen weder der öffentlichen Ordnung, noch dem verbie-

Digitized by Google

tenden Gesetze, noch den guten Sitten zuwiderlaufen dürfen; Art. 1133, 1172. Art. 6 des B. G. B.;

Daß das Vertragsverhältniß zwischen dem Befrachter und Frachtführer an sich mit der öffentl. Ordnung nichts gemein hat;

Daß auch kein Gesetz verbietet, dieses Verhältniß in einer andern Weise zu reguliren, als dies vom Gesetzgeber selbst geschehen ist;

Daß es zwar ohne Verstoß gegen die guten Sitten keiner Partei erlaubt sein kann, im Wege des Vertrages die Haftbarkeit für ihre persönliche Arglist (dolus) auszuschließen; daß es aber den guten Sitten nicht widerstrebt, darüber Vereinbarung zu treffen, inwieweit man bei einem Vertragsverhältnisse aus einem etwaigen Verschulden zu haften habe, weil auch der Bessere der Uebereilung, Sorglosigkeit und Unachtsamkeit fähig ist, und es ihm daher auch erlaubt sein muß, sich durch besondere Uebereinkunft gegen die daraus hervorgehenden Folgen zu schützen;

Daß dies im Römischen Rechte, welches gleich dem B. G. B. die Bestimmung enthält, daß durch Privatverträge die Gesetze, welche die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten betreffen, nicht verändert werden können, ausdrücklich anerkannt ist;

fr. 1. §. 6, 7, 10. D. 16, 3.
fr. 23. D. 50, 17.

und auch das B. G. B. seine Uebereinstimmung hiermit an verschiedenen Stellen nicht undeutlich an den Tag gelegt hat;

Conf. Art. 1627, 1628, 1928.

J. E., daß insbesondere auch die Bestimmungen des bürgerlichen, wie des Handelsgesetzbuchs, welche sich auf das Frachtfuhrwesen beziehen, ihre unverkennbare Quelle im Römischen Rechte;

(liber IV. titulus 9. D. de nautis, cauponibus et stabulariis)

haben, und daß namentlich die Verfügungen der Art. 1782, 1783, 1784 des B. G. B. und der Art. 98 und 103 des H. G. B. bezüglich der Haftbarkeit des Waarenführers mit l. 3 pr. und §. 2 D. IV. 9. so zu sagen wörtlich übereinstimmen;

Daß gleichwohl in der lex 7 ibidem dem Schiffs-Rheder ausdrücklich gestattet ist, durch die förmliche Erklärung, daß

Digitized by Google

er für nichts einstehe, sich von der aus der Uebernahme der Sachen hervorgehenden strengen gesetzlichen Haftungsverbindlichkeit zu befreien, daraus aber von selbst folgt, daß der Römische Gesetzgeber, obschon er in der Materie sonst von gleichen Grundsätzen, wie die heutige Gesetzgebung geleitet wird, in einer solchen Clausel weder einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, noch gegen die guten Sitten gefunden hat;

Daß mit Rücksicht auf die hier obwaltende Uebereinstimmung beider Gesetzgebungen daher auch angenommen werden muß, daß der Art. 98 des H. G. B., insofern dort eine Modifikation der gesetzlichen Bestimmungen über die Haftbarkeit des Commissionärs verstattet wird, nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes enthält;

J. E., daß alsdann aber auch selbstredend aus einer Zusammenstellung der Art. 98 und 103 des H. G. B. ein argumentum e contrario nicht abgeleitet werden kann, und somit der hierauf gestützte Beweisgrund des erstern Richters ebenso unzweifelhaft zerfallen muß, als durch vorstehende Ausführung seine Annahme, daß der Vertrag, wonach der Frachtführer beim Abhandenkommen eines Frachtstückes nur eine im voraus bestimmte Summe zu zahlen habe, dem Art. 6 des B. G. B. zuwiderlaufe, in ihrer Allgemeinheit wenigstens für widerlegt zu halten ist;

Daß bei der Richtigkeit obiger Grundsätze auch füglich nicht behauptet werden kann, daß die Verantwortlichkeit des Frachtführers in Absicht des durch sein Verschulden herbeigeführten Schadens, als im Wesen des Vertrages begründet, mittelst besonderer Stipulation der Parteien überall nicht aufgehoben, oder beschränkt werden könne, weil sich nach jenen Grundsätzen der Umfang der Verantwortlichkeit des Frachtführers nicht als ein Essentiale, sondern nur als ein Naturale des Vertrages darstellen würde, in Bezug auf die Naturalien der Verträge aber die Autonomie der Parteien jedenfalls nicht ausgeschlossen ist;

J. E., daß auch die fernere Behauptung der Appellatin daß jedenfalls die Eisenbahngesellschaften an den ihnen durch den §. 25 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 auferlegten Verpflichtungen, da sie gerade im Interesse des Publikums in dieser Weise vom Staate festgesetzt seien, nichts verändern könnten, der rechtlichen Begründung entbehrt;

Digitized by Google

Daß nämlich der §. 25 lediglich dasjenige wiederholt, was in dem Art. 1784 des B. G. B., und im Art. 103 des H. G. B. rücksichtlich der gewöhnlichen Frachtfuhrleute vorgeschrieben ist, jener Paragraph daher offenbar nur den Zweck hat, die hier geltenden Bestimmungen auch auf die Eisenbahngesellschaften auszudehnen, wozu umsomehr Veranlassung vorhanden war, als sonst deren Anwendbarkeit auf die Eisenbahngesellschaften hätte bezweifelt werden können;

Daß in dieser Voraussetzung es sich von selbst versteht, daß die Eisenbahngesellschaften — freilich nicht einseitig — wohl aber im Wege der Vereinbarung mit den Versendern dieselben Abänderungen an den gesetzlichen Bestimmungen treffen können, die auch den gewöhnlichen Frachtführern erlaubt sind;

J. E., daß aus Allem diesen sich hiernach das Resultat ergibt, daß der vorliegenden Stipulation nur alsdann und insoweit die rechtliche Wirksamkeit versagt werden müßte, wenn und als solche dahin ausgedehnt würde, daß die appellantische Eisenbahngesellschaft für ihren eigenen Dolus nicht zu haften haben solle;

J. E., daß in der vorigen Instanz überall nicht behauptet wurde, daß das Abhandenkommen des fraglichen Waarenballens durch eine arglistige Handlungsweise der Appellantin oder eine derselben gleichstehende Verschuldung (culpa) herbeigeführt worden sei;

Daß in dieser Instanz zwar von dem appellatischen Handlungshause Thatsachen in dieser Richtung artikulirt und zum Beweis erboten sind;

J. E., daß jedoch diese Thatsachen beim Mangel jeder nähern Angabe über die Zeit und Umstände des angeblichen Diebstahls, und besonders beim Mangel aller Bezeichnung der Eisenbahnbeamten, welche sich bei dem Diebstahl betheiligt haben sollen, zu unbestimmt und schwankend sind, als daß darauf hin ein Beweis zugelassen werden könnte;

Aus diesen Gründen

verurtheilt der Rh. A. G. H. unter Reformation des Urtheils des Kgl. Handelsgerichtes zu Köln vom 16. August 1849, die appellantische Gesellschaft zur Zahlung von 50 Thlr. 12 Silbergroschen als dem dem Gewicht des abhanden gekomme-

Digitized by Google

nen Waarenballens nach dem Fuß von 20 Thlr. pro Centner entsprechenden Betrage, nebst Zinsen u. s. w.

Urtheil vom 3. Dezember 1849.

Advokaten: Compes — Wallraf.

Intervention. — Handelsgericht.

Bei den Handelsgerichten kann eine Intervention nur im Wege förmlicher Vorladung durch Gerichtsvollzieherakt, nicht durch einfachen Antrag vor dem Gerichte eingeführt werden.

Art. 339 und 415 der C. P. O.

Brenner — Müller u. Conf.

Gegen ein Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Saarbrücken, welches als Handelsgericht fungirend den Färber Thomas Brenner fallit erklärt und den Ausbruch des Falliments auf den 3. Februar 1849 festgesetzt hatte, erhoben mehrere Gläubiger mittelst Vorladung des provisorischen Syndiks Einspruch, indem sie die Zurückdatirung des Falliments auf den 1. Dezember 1848 beantragten. In der zur Verhandlung bestimmten Sitzung trat ein anderer Gläubiger Friedrich Brenner als Intervenient auf, und widersprach, während der Syndik die Entscheidung dem Ermessen des Gerichtes anheimgab, dem Antrage auf Zurückdatirung des Falliments. Das Kgl. Landgericht als Handelsgericht verwarf diese Intervention als unzulässig durch Urtheil vom 4. Juli 1849.

Hiergegen Berufung, zu deren Rechtfertigung unter Bezugnahme auf die gewöhnliche Praxis ausgeführt wurde, daß der die Form der Intervention bei den Civilgerichten regelnde Art. 339 der C. P. O. in Folge der Bestimmung des Art. 414 bei den Handelsgerichten wegfalle, daraus aber nicht folge, daß an die Stelle der Requête ein exploit d'ajournement treten müsse, was mit Rücksicht auf die kurze Frist des Art. 416 oft unmöglich erscheine, und auch nicht aus dem allgemeinen Ausdruck toute demande im Art. 414 sich ergebe, da eine Intervention nicht immer eine demande enthalte.

Der Appellationshof verwarf die Berufung durch folgendes

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß es eine aus der Natur der Sache sich ergebende Prozeßregel ist, daß vor dem Beginne der Verhandlung eines Rechtsstreites vor Gericht dem verklagten Theile Kenntniß von dem Gegenstande der Klage gegeben werden muß, damit derselbe durch freiwilliges Nachgeben den Prozeß vermeiden, oder doch seine Vertheidigungsmittel vorbereiten kann;

Daß der Grund dieser Regel für die Inzidentklagen, sofern der Inzidentkläger einen selbstständigen Rechtsanspruch geltend macht, nicht weniger, als für die Hauptklagen zutreffend erscheint, namentlich aber auch für Prinzipal-Interventionen, wie eine solche hier vorliegt, da dieselben wesentlich den Charakter von Klagen an sich tragen und nur das Eigenthümliche haben, daß derjenige, welcher sie anstellt, in einen bereits eingeleiteten Rechtsstreit eintritt, ein Moment, welches an und für sich nicht geeignet ist, der oben gedachten Regel Abbruch zu thun;

Daß demgemäß denn auch die Art. 339 und 406 der B. P. O. für den gewöhnlichen Civilprozeß die Mittheilung der Interventionsklage und ihrer Begründung vor der Verhandlung verordnen und nur in Bezug auf die Art und Form der Mittheilung insofern etwas besonderes statuiren, als sie statt der Zustellung der Ladung an die Partei, die einer motivirten Bittschrift an deren Anwalt erfordern, welche Modifikation in der gesetzlichen Annahme ihren Grund hat, daß der Anwalt in jeder Beziehung die Rechte und Interessen seiner Partei wahrnehmen werde;

J. E. daß, da vor den Handelsgerichten eine Vertretung der Parteien durch Anwälte nicht statt findet, auch jene auf diesen Umstand gegründete Specialvorschrift von selbst wegfällt und die Eingangs gedachte, auch durch den Art. 415 der B. P. O. für die Handelsgerichte noch ausdrücklich sanktionirte allgemeine Vorschrift Platz greift, daß jede Klage, mittelst Ladung an die Partei angestellt werden muß;

Daß hierdurch zwar allerdings bei den, namentlich in Handelssachen häufig gestatteten kurzen Vorladungsfristen, die Erhebung einer Interventionsklage sehr erschwert und selbst unmöglich gemacht erscheint; daß dieser Umstand indeß der vorstehend entwickelten Fundamentalregel gegenüber um-

Digitized by Google

somehr als untergeordnet zu erachten ist, als er sich auch gegen die im gewöhnlichen Prozesse doch jedenfalls unerläßliche Mittheilung der Interventions-Bittschrift, an den Anwalt der Interventionsverklagten wendet, überdies aber auch der Zweck einer Interventionsklage meist auf anderem Wege, namentlich dem der Drittopposition erreicht werden kann;

J. E. daß, wenn nach allem diesem der erste Richter mit Recht die Intervention des Appellanten als unzulässig zurückgewiesen hat, die gegenwärtige Berufung als unbegründet zerfällt, ohne daß auf die Sache selbst noch einzugehen wäre;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Saarbrücken, als Handelsgericht erkennend, vom 4. Juli 1849 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 10. Januar 1850.

Advokaten: Lautz — Borchardt, Nacken.

Zahlbefehl. — Einspruch. — Gründe. — Urtheil. — Zweite Ausfertigung. — Besitz der ersten durch den Schuldner. — Verjährung. — Unterbrechung. — Aelteres Recht. — Erfallzeit.

Die Anführung von Gründen in dem wider einen Zahlbefehl gerichteten Einspruchsakte schließt die Geltendmachung anderer Gründe nicht aus; die Zulässigkeit derselben ist nach den Bestimmungen der Art. 166—178 der C. P. O. zu beurtheilen.

Eine der Verfügung der Art. 844 und 854 der C. P. O. entsprechende gesetzliche Vorschrift hat vor der Einführung dieses Gesetzbuchs in den Departements des linken Rheinufers nicht bestanden.

Der bloße Besitz der Hauptausfertigung eines Urtheils begründet nicht für sich allein zu Gunsten des Schuldners die Präsumtion der Zahlung oder des Erlasses.

Digitized by Google

Eine unter dem ältern Recht begonnene Verjährung ist nicht nur hinsichtlich der Zeitdauer, sondern rücksichtlich aller Bedingungen nach jenem Rechte zu beurtheilen; eine Unterbrechung kann jedoch auch durch Akte bewirkt werden, welche nur nach dem neuern Rechte diese Bedeutung haben.

Die Rente eines vor Publikation des Art. 2277 begonnenen, nachher vollendeten Jahres, fällt ganz unter die Bestimmung dieses Artikels.

Ein Zahlungsbefehl begründet nicht, gleich der Klage den Zinsenlauf.

Art. 166—178, 844, 854 der B. P. O.
Art. 1283, 2281, 2277, 1153 des B. G. B.

Civilhospitien zu Trier — Eheleute Mohr.

Die Eheleute Johann Mohr und Magdalena Kempf in Trier ließen durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 2. März 1849 in ihrer Eigenschaft als Universalerben der verlebten Magdalena Sauer, Wittwe von Johann Jakob Schwenk, auf Grund eines Urtheils des Tribunals zu Trier vom 8. Thermidor J. IX, welches bereits am 20. Prairial J. XII und am 5. April 1831 dem Rendanten der Civilhospitien zu Trier zugestellt worden, die Letzteren als Rechtsinhaber des dortigen Waisenhauses in der Person ihres Rendanten zur Zahlung einer seit dem Jahr 1798 bis zum Jahr 1818 rückständigen Pension von 100 Gulden jährlich, auffordern, und da keine Zahlung erfolgte, unterm 19. des nämlichen Monats eine Mobilar-Pfändung gegen dieselben vornehmen.

Hiergegen erhoben die Civilhospitien durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 20. März 1849 Einspruch: 1. weil in den Exekutions-Akten zwar angegeben, aber nicht nachgewiesen worden, daß die Oppositin von ihrem Ehemanne zu der fraglichen Exekution ermächtigt worden; 2. weil das der Exekution zu Grunde liegende Urtheil vom 8. Thermidor J. IX, sowie die darauf gestützte Forderung verjährt sei; 3. weil die Forderung auch getilgt sei, was schon daraus hervorgehe, daß die Opponenten sich im Besitze der ersten Ausfertigung jenes Urtheils befinden. In einem spätern Antrage wurde der Zahlungsbefehl noch angegriffen; 1. weil das Testament der Magdalena Sauer nicht gleich mit dem Zahlungsbefehl abschriftlich mitgetheilt worden; 2. weil die in den Händen

Digitized by Google

der Oppositin befindliche Ausfertigung des Urtheils vom 8. Thermidor Jahres IX eine zweite sei, und nicht constire daß die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten zur Ertheilung einer zweiten Grosse contradictorisch mit den Opponenten erfüllt worden; 3. weil der Ehemann der Magdalena Sauer erst im Jahre 1815 gestorben, und die fragliche Rente insofern sie noch bis dahin bestanden habe, in die Gütergemeinschaft der besagten Eheleute geflossen sei, mithin die angeblichen Rentrückstände bis zum Jahr 1815 von den Erben der Ehefrau überhaupt nicht, oder doch nur zur Hälfte gefordert werden könnten.

Von Seiten der Oppositen wurde nachträglich das Testament der Magdalena Sauer mitgetheilt, die Zulässigkeit neuer Oppositions-Gründe, welche nicht in dem Einspruchs-Akte enthalten, bestritten, der Verjährungs-Einrede die durch die verschiedenen Urtheils-Zustellungen eingetretenen Unterbrechungen entgegengesetzt, und die Anwendbarkeit des B. G. B. auf die vor dessen Einführung entstandenen Renten bestritten, endlich der Thatsache des Besitzes einer Ausfertigung des Urtheils vom 8. Thermidor Jahres IX entgegengehalten, daß daraus nicht die freiwillige Herausgabe hervorgehe, nur diese aber die Präsumtion des Art. 1283 begründe. In seinem Urtheil vom 2. Juli 1849 erwog das Kgl. Landgericht zu Trier, indem es nur die im Einspruchs-Akte enthaltenen Gründe berücksichtigte, daß die Qualifikation der Oppositen zur Genüge nachgewiesen sei, daß die 30jährige Verjährung wegen der Statt gehabten Civil-Interruptionen nicht vollendet, die 5jährige des Art. 2277 aber nur auf die seit dem Jahre 1805 erfallenen Renten anwendbar sei, daß der Besitz der Grosse des Urtheils die Einrede der Zahlung nicht rechtfertige; und setzte demnach die Forderung der Oppositen für einen Zeitraum von 7 Jahren bis Ende Dezember 1804 auf 700 Gulden oder 400 Thlr. nebst den im Urtheil liquidirten Kosten und denen der verschiedenen Zustellungen, im Ganzen auf 418 Thlr. fest.

Gegen dieses Urtheil legten die Civil-Hospitien die Berufung zum Rh. A. H. ein, zu deren Rechtfertigung die in erster Instanz geltend gemachten Gründe reproduzirt, und unter Andern ausgeführt wurde: der Zahlungsbefehl vom 2. März 1849 sei formell nichtig: a, weil das Testament, woraus die Appellaten ihr Recht herleiteten, nicht mit dem Zahlungsbefehle zugestellt worden, obgleich es einen Bestandtheil

Digitized by Google

des titre der Appellaten bilde, Art. 583 der B. P. O. ein Mangel, der vor der Mittheilung des Testamentes nicht hätte gerügt werden können, weil die Opponenten vorher den Grund der angeblichen Universal-Succession ignorirt, und daher nur diese im Allgemeinen hätten bestreiten können; b, wegen mangelnden exekutorischen Titels, indem der Art. 854 der B. P. O. nicht ein neues Recht eingeführt, sondern das bei den Gerichten Frankreichs längst im Gebrauch gewesene nur ausgesprochen habe, wie insbesondere aus einem Urtheil vom 17. Thermidor Jahres XIII bei Sirey 5, 2, 342 hervorgehe, daher die ohne Vorladung der Opponenten erwirkte zweite Ausfertigung und die ganze darauf gestützte Execution nichtig seien. (Vergl. Sirey 25, 2, 384.) hinsichtlich der Verjährung, so sei zwar allerdings das ältere Recht sowohl für das Recht selbst die Rente zu fordern, als für die vor Publication des letzten Titels des B. G. B. erfallenen Rent-Zieler maaßgebend, allein nicht bloß hinsichtlich der Dauer sondern auch hinsichtlich aller Bedingungen der Vollendung. (Vergl. Troplong prescription n. 1082. Sirey 35, 2, 458; 38, 2, 383 u. 495. Arch. 35, 1, 73 und 2, 73. Zachariä I. Bd. S. 476.) da aber das Trier'sche Landrecht Tit. 21 §. 28 gleich wie das römische Recht, als Civil-Unterbrechung nur die gerichtliche Anbringung der Klage anerkenne, so könnten die Staat gehabten Zahlungs-Aufforderungen nicht als genügend angesehen werden, und sei somit jeder Anspruch der Appellaten mit dem 25. März 1834 verjährt gewesen; selbst nach dem System des Landgerichts sei aber den Appellaten ein Jahr zuviel zuerkannt worden, weil nur die bis zum 1. Januar 1804, nicht aber auch der am 1. Januar 1805 erfallene Rent-Zieler den Bestimmungen des ältern Rechts unterworfen seien; der Besitz der ersten Ausfertigung des Urtheils vom 8. Thermidor Jahres IX, sowie des ersten Inscriptions-Bordereaux müsse unter den obwaltenden Umständen die Präsumtion der freiwilligen Uebergabe von Seiten des Gläubigers bis zum Beweise des Gegentheils begründen; (Duranton Tom. XII Nro. 362) und daher sowohl nach Art. 1283, als nach der Bestimmung des ältern Rechts in lex 2 §. 1 de pactis den Erlaß der Schuld, oder die Zahlung präsumiren lassen.

Appellatischerseits wurden die Gründe des ersten Richters näher entwickelt und insbesondere bemerkt, daß hinsichtlich

Digitized by Google

des letzten Rentjahres jedenfalls nur der Theil der Rente, welcher in die Zeit nach dem 20. März 1804 falle, von der Verjährung betroffen werden könne.

Außerdem forderten die Appellaten im Wege der Inzidentberufung Zinsen vom Tage der Zahlungs-Aufforderung, was von den Appellanten mit Rücksicht auf den Art. 1153 bestritten wurde.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministerii erließ der A. H. folgendes

Urtheil:

I. E., daß der Einspruch, den der angebliche Schuldner oder Verpflichtete gegen die angedrohte oder begonnene Vollstreckung eines Urtheils oder andern exekutorischen Titels einlegt, nur zum Zwecke der wirklichen Beseitigung derselben durch eine Ladung zur Entscheidung des competenten Gerichts bringt, wesentlich nur ein Bestreiten der Befugniß zur Execution, sei dieses nun gegen die beobachtete Form oder gegen die Forderung selbst gerichtet, enthält, und den Opponenten daher in die Stellung eines Klägers nicht versetzt;

Daß hieraus folgt, daß wenn in der Opposition oder Ladung einzelne bestimmte Gründe und Einreden ausdrücklich vorgebracht sind, eine allgemeinere negative Litiscontestation und das Vorschützen anderer Einwendungen in dem Prozesse dadurch an und für sich nicht ausgeschlossen wird und lediglich die Prozeßregeln maaßgebend bleiben, die in den Art. 166—187 der B. P. O. für alle Rechtsstreitigkeiten aufgestellt sind;

Daß hiernach zunächst nicht mehr gerügt werden kann, daß mit der Zahlungsaufforderung vom 2. März v. J. nicht gleichzeitig eine Abschrift des Testaments der Maria Magdalena Saur, Wittwe Schwenk vom 6. März 1828, aus welchem die Oppositen ihre Legitimation herleiten, zugestellt worden sei, da die Opponentin in dem Einspruchsakte und selbst in dem ersten gerichtlichen Antrage den Mangel der Mittheilung der die Erbesqualität der Oppositen begründenden Urkunden nicht exigirt und eine Verletzung des Art. 583 ib. in dieser Hinsicht nicht behauptet hat;

Daß in der erwähnten Zahlungsaufforderung der Nachweis der der Oppositin durch ihren Ehemann ertheilten Ermächtigung ausdrücklich enthalten und nicht wohl abzusehen

Digitized by Google

ist, welche sonstige Formalität ihrerseits noch zu erfüllen gewesen, um der Appellantin jeden Zweifel in Bezug hierauf zu benehmen;

Daß die im Besitze der letztern befindliche Ausfertigung des Urtheils vom 8. Thermidor J. IX nach dem Einregistrirungsvermerk vom 13. ej. M. und der Beziehung auf denselben in dem Zustellungsakte vom 18. ej. und in dem Bordereau vom 23. Brumaire J. X als die den Eheleuten Schwenk ertheilte erste Expedition erscheint;

Daß die am 23. Ventose J. XII einregistrirte, im gesetzlichen Sinne als die zweite sich darstellende Ausfertigung unbestritten den Zustellungsakten vom 20 Prairial J. XII und 5. April 1831 folgeweise auch dem gegenwärtigen Zwangsverfahren zum Grunde liegt;

Daß dieselbe vor Emanirung der B. P. O. ertheilt und zugestellt war und daher von einer Beobachtung der Vorschriften dieser letztern in den Art. 844 und 854 keine Rede sein konnte;

Daß eine solche ausdrückliche Bestimmung, wie die hier gegebene, nicht in den durch Beschluß vom 6 Flor. J. 6 in den Departements des linken Rheinufers publizirten Art. 1 2, 3, Tit. 12 der Ordonnanz vom Monat April 1667, die nur von der Art der Vorladungen und dem aufzunehmenden Protocolle handeln, und ebensowenig in der ebenfalls im Jahre 1798 verkündeten Ordonnanz vom August 1539, die nur von Verträgen und Testamenten im Art. 178 spricht, enthalten ist und daß, wenn auch in Frankreich über die Fälle wo jenes Verfahren eintrat, insbesondere über die Nothwendigkeit der Zuziehung des Schuldners vor Ertheilung einer zweiten exekutorischen Urtheils-Ausfertigung Grundsätze durch die Jurisprudenz festgestellt waren, die sich im Wesentlichen in der spätern Prozeßordnung wiederfinden, die Nichtbefolgung derselben wenigstens für das Gebiet der bezeichneten Landestheile keine Gesetzesverletzung darstellt, und eine Nichtigkeit oder Ungültigkeit nicht bewirken konnte;

Daß die Exekution daher im Jahre 1849 mit Fug auf Grund der mehrerwähnten frühern Zustellungen angedroht werden durfte, zumal dadurch die Appellantin, die selbst die Einhändigung der ersten Ausfertigung durch die Eheleute Schwenk behauptet, schon davon in Kenntniß gesetzt war,

Digitized by Google

daß die Appellaten eine zweite Ausfertigung zur Vollstreckung brachten;

J. E., daß die Legitimation der Appellaten als Testamentserben der Maria Magdalena Sauer aus dem bereits angeführten Testamente vom 6. März 1828 hervorgeht;

Daß die ursprüngliche Berechtigung der Erblasserin zu der fraglichen Rente nicht bestritten ist und auch durch Urtheil feststeht, die letztere daher auf Grund der Bestimmungen des trierischen Landrechts Tit. 7 §. 3 als unbewegliches Gut der überlebenden Wittwe allein verblieb, während nach §. 2 und 7 ib. die rückständigen Jahresraten nach Maaßgabe des §. 6 Tit. 6 unter dem Ueberlebenden und den Erben des andern Ehegatten sich vertheilten;

Daß aber der Letztlebende zufolge §. 7 Tit. 6 das Ganze behalten soll, wenn keine Anverwandten im vierten Grade vorhanden sind, ein Fall, der hier als eingetreten angenommen werden muß, da die Appellaten sofort nach Erhebung dieser Einrede Seitens der Appellantin ausdrücklich conteſtirten, daß der Johann Jakob Schwenk succeſſionsfähige Anverwandte hinterlassen habe, und von der Appellantin hierauf keine artikulirte Gegenerklärung abgegeben vielweniger ein erheblicher Beweis angeboten worden ist;

J. E., daß die erste Ausfertigung des Urtheils vom 8. Thermidor J. IX wie bereits angeführt, und sodann das der Gläubigerin ertheilte Duplikat des Hypothekenbordereaux in dem Besitze der Appellantin sich befinden;

Daß über die Umstände, wie derselbe auf sie übergegangen nicht das Mindeste conſtirt, Appellantin auch so wenig hierüber wie über die Art und Weise der Abfindung der Magdalena Sauer eine bestimmte Erklärung gegeben hat;

Daß die Erblasserin der Appellaten, die noch im Jahre 1797 neben der ihr durch Verfügung des Generalvicariats vom 24. November 1788 bewilligten jährlichen Rente eine außerordentliche Unterstützung von 100 Fl. auf die Waisenhausverwaltung angewiesen erhielt, offenbar keine Veranlassung zu einer unentgeltlichen Verzichtleistung hatte und sowohl in diesem wie im Falle einer Abfindung durch eine Capitalsumme eine ordnungsmäßig geleitete Verwaltung sich nicht mit der Aushändigung der beiden Urkunden begnügt, sondern außer der Extradition der den eigentlichen Titel zur

Digitized by Google

Rente bildenden oben erwähnten Verfügung des Generalvicariats eine förmliche Quittung sich würde haben ausstellen lassen;

Daß auf der andern Seite das Verfahren der Eheleute Schwenk nicht mit der Supposition einer geschehenen Befriedigung übereinstimmt, indem sie im Jahre 1814 eine abermalige Urtheilsausfertigung und einen neuen Hypothekenauszug sich verschafften und die Appellantin zur Zahlung aufforderen ließen, daß sodann im Jahre 1819 die Fortzahlung der Rente vom 1. Januar 1818 ab vom preußischen Fiskus auf Grund der festgestellten Pensionirungsgrundsätze übernommen wurde und vermuthet werden muß, daß diese Uebernahme nur nach einer gewonnenen unzweifelhaften Gewißheit über das Recht und dessen Forteristenz erfolgt sei;

Daß unter solchen Verhältnissen die aus dem Besitze entspringende Vermuthung nicht hinreicht, um den Beweis der Liberation zu begründen;

J. E., daß die Zulässigkeit der 30jährigen Verjährung und deren Vollendung mit dem 25. März 1834, vorausgesetzt, daß eine wirksame Unterbrechung nicht stattgefunden, nach §. 5 Tit. 21 des trierischen Landrechts in Verbindung mit dem Art. 2281 des B. G. B. nicht zu bestreiten sind;

Daß der erste Richter nun den Zustellungs- und Aufforderungsakten vom 20. Prairial J. XII und 5. April 1831 jene Wirkung beigelegt hat, und daß wenn auch eine unter der Herrschaft der ältern Gesetze angefangene Verjährung, rücksichtlich aller ihrer Bedingungen und nicht blos rücksichtlich der Zeit, nach den Bestimmungen jener Gesetze zu beurtheilen, die Unterbrechung der Verjährung doch von diesem Grundsatze nicht nothwendig getroffen werden, hier vielmehr entscheidend bleiben würde, daß die rechtliche Bedeutung einer selbstständigen Handlung nach den Gesetzen, unter denen sie vorgenommen wurde, sich bestimme;

Daß indeß auch nach gemeinem Rechte bei den durch öffentliche Urkunden bewiesenen Forderungen der richterliche dem Schuldner zugestellte Befehl im Mandatsprozesse und bei Urtheilen die richterliche Androhung der Exekution unzweifelhaft die Verjährung unterbrachen und daß, wenn diese Formen durch die neuere Gesetzgebung unausführbar wurden, den an ihre Stelle getretenen, dem materiellen Inhalte nach dasselbe bezweckenden, und nur andern Beamten aufgetragenen

Digitized by Google

Zwangsbefehlen nothwendig dieselbe Wirkung beigelegt werden muß;

Daß daher die Entscheidung des ersten Richters in Bezug auf die Verjährung der Rente selbst sich vollkommen rechtfertigt und hinsichtlich der unter den ältern Gesetzen angefangenen Verjährung der einzelnen Raten die erst jetzt vorgebrachte Behauptung, es habe hier das Kommandement vom 20. Prairial J. XII keine Unterbrechung bewirken können, in dessen deutlichem Inhalte ihre hinreichende Widerlegung findet;

Daß der erste Richter den Appellaten die verfallenen Zieler der Rente bis zum 21. Dezember 1804 zuerkannt hat, indem er angenommen, daß die für den Zeitraum vom 21. Dezember 1803 bis dahin verschuldete Rente durch die Einführung des B. G. B. nicht betroffen werde;

Daß aber das Recht, die Leistung zu fordern, erst unter dem neuern Gesetze fällig wurde, die Verjährung nur von diesem Momente beginnen konnte und mithin auf diese Jahresrate der Art. 2277 Anwendung findet;

Daß in dem Zahlungsbefehle vom 2. März v. J. 18 Thlr. 1 Pfg. frühere Kosten gefordert werden, in denselben aber, wie das Kommandement vom 5. April 1831 zeigt, 1 Thlr. 19 Sgr. 10 Pfg. Kosten des Akts vom 20. Prairial J. XII enthalten sind, deren Ersatz der Appellantin nicht obliegt;

Daß hiernach das Guthaben der Appellaten auf 356 Thlr. 10 Sgr. 3 Pfg. zu reduciren und das erste Urtheil insoweit abzuändern ist;

Daß schließlich die Appellaten in erster Instanz keine Verzugszinsen gefordert haben und ihnen daher solche auch nur vom Tage des Urtheils zuerkannt werden können, indem solches durch den Art. 464 der B. P. O. sich rechtfertigt;

Aus diesen Gründen

reducirt der Rh. A. H. unter theilweiser Abänderung des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 2. Juli 1849 die den Appellaten zuerkannte Forderung auf die Summe von 356 Thlr. 10 Sgr. 3 Pfg. nebst Verzugszinsen seit dem Tage jenes Urtheils, verurtheilt die Appellantin in $\frac{5}{6}$ der Kosten zweiter Instanz, das letzte $\frac{1}{6}$ compensirend, und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

II. Senat. Sitzung vom 17. Januar 1850.

Advokaten: Lautz — Borchardt.

Digitized by Google

Armenpflege. — Verpflichtung dazu Seitens der Gemeinde.

Zur Armenpflege ist diejenige Gemeinde verpflichtet, in welcher der Arme die drei letzten Jahre vor dem Zeitpunkte, wo er der Hülfe aus **Gemeindemitteln** bedürftig wurde, seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat.

Gesetz vom 31. Dezember 1842.

Gemeinde Wevelinghoven — Gemeinde Bedburdyck.

Die Gemeinde Bedburdick klagte gegen die Gemeinde Wevelinghoven zum Kgl. Landgerichte in Düsseldorf auf Zahlung der Verpflegungskosten einer im Jahre 1845 gerichtlich interdizirten und in einer Irrenanstalt untergebrachten Sara Liefmann, welche Verpflegungskosten die klagende Gemeinde, durch eine Verfügung der Kgl. Regierung in Düsseldorf dazu angehalten, einstweilen habe entrichten müssen. Sie gründete ihre Klage darauf, daß diese Sara Liefmann, wenn auch im Bereiche der klagenden Gemeinde geboren und erzogen, bereits im Jahre 1837 in einem gesunden und arbeitsfähigen Zustande ihren bisherigen Wohnort verlassen und sich zu ihrem Bruder in Wevelinghoven begeben habe, dort in den Bevölkerungslisten pro 1841 und 1844 und in der Klassensteuerrolle pro 1840 und 1844 aufgeführt und daselbst bis zu ihrer Detinirung verblieben sei.

Die verklagte Gemeinde bestritt dagegen, daß die Sara Liefmann in der Gemeinde Wevelinghoven ihr Domizil genommen und behauptete, der Aufenthalt derselben bei ihrem Bruder sei nur periodisch gewesen, dieselbe sei von Kindheit auf schwachsinnig und arbeitsunfähig gewesen und mithin nach der frühern Gesetzgebung (Ges. vom 24. Ventose J. II) in Verbindung mit §. 36 des Gesetzes vom 31. Dezember 1842 die Gemeinde, in welcher sie geboren, zu ihrer Verpflegung verpflichtet; die Aufnahme in den Bevölkerungslisten beweise nichts mehr als einen augenblicklichen Aufenthalt.

Ein Vorbescheid des Kgl. Landgerichtes ließ der klagenden Gemeinde den Beweis nach, daß die Sara Liefmann bereits im Jahre 1837 in einem gesunden und arbeitsfähigen Stande von Gierath (Gem. Bedburdyck) nach Wevelinghoven zu ihrem

Digitized by Google

Bruder verzogen und bei demſelben bis zum Ausbruche ihres Wahnſinns im Jahre 1843 gewohnt habe, daß ſie dorten in Bevölkerungs- und Steuerliſten aufgeführt und daß der Bürgermeiſter zu Bedburdyck ſie vor oder im Anfange 1843, als ſie unſtät herumzuziehen verſucht, nach Wevelinghoven zurückführen laſſen und ſie dort an- und aufgenommen worden.

Nach ſtattgehabtem Beweisverfahren erkannte das Kgl. Landgericht durch Urtheil vom 16. Mai 1848 der Klage gemäß, indem es in facto als erwieſen annahm, daß die Sara Liefmann ſeit 1837 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Wevelinghoven gehabt und daß die Fürſorge für dieſelbe aus öffentl. Mitteln erſt gegen Ende 1843 nothwendig geworden, daß demnach das Geſetz vom 31. Dezember 1843 ſeiner im §. 36 enthaltenen Vorſchrift gemäß anwendbar und nach §. 1 alin. 3 deſſelben die verklagte Gemeinde zu deren Unterſtützung verpflichtet ſei.

Gegen den Vorbeſcheid vom 2. Juni 1847 und das Endurtheil vom 16. Mai 1848 legte die Gemeinde Wevelinghoven die Berufung zum Rh. A. G. H. ein.

Die appellantiſche Gemeinde ſuchte hier auszuführen, daß nach dem Reſultate des Beweisverfahrens die Sara Liefmann in Wevelinghoven nie ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort gehabt habe, daß ſie aber auch ſeit ihrer erſten Jugend fortwährend und auch 1837 ſchwachſinnig und erwerbsunfähig, mithin ihre Hülfsbedürftigkeit ſchon damals, alſo während ihres Aufenthaltes in der Gemeinde Bedburdyck vorhanden geweſen, daß demnach der Vorſchrift des §. 36 des Geſetzes vom 31. Dezember 1843 gemäß nicht die Beſtimmungen dieſes Geſetzes auf das vor deſſen Erlaſſung ſchon beſtandene Verhältniß anwendbar ſeien, ſondern jene des ältern Geſetzes vom 24. Ventoſe J. II, welches die Pflicht zur Obſorge für den Armen der Gemeinde des Geburtsortes auflege, daß dieſe aber auch ſelbſt nach dem jetzigen Geſetze die Gemeinde Wevelinghoven nicht treffe, weil die Sara Liefmann daſelbſt nie, alſo auch nicht während drei Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt habe.

Die appellatiſche Gemeinde behauptete dagegen, daß der Beweis eines gewöhnlichen Aufenthaltes der Sara Liefmann in Wevelinghoven von 1837 ab im Sinne des Art. 1 alin. 3 des Geſetzes vom 31. Dezember 1842, — welcher mit dem Begriffe des Domizils im geſetzlichen Sinne nicht

identiſch ſei — vorliege, daß es ebenſo conſtire, wie bis zur Publication jenes Geſetzes der Sara Liefmann eine Unterſtützung oder Verpflegung aus Gemeindemitteln nicht zugekommen, daß aber im §. 1 alin. 3 und im §. 36 jenes Geſetzes in den Ausdrücken „wo die Hülfsbedürftigkeit hervortritt" und „in welcher die Fürſorge für einen Armen ſchon vorher nothwendig geworden" nicht von der Bedürftigkeit der Hülfe und Fürſorge einer Perſon im Allgemeinen, ſondern von einer Bedürftigkeit der Hülfe und Fürſorge der Gemeinde unverkennbar die Rede ſei, dieſe aber erſt gegen Ende des Jahres 1843 hervorgetreten und geleiſtet worden.

Das öffentl. Miniſterium ſchloß ſich dieſen Ausführungen im Weſentlichen an und der Rh. A. G. H. erließ folgendes beſtätigende

Urtheil:

J. E., zur Hauptſache, daß zufolge der Ausſagen vieler Zeugen die in Gierath gebürtige Sara Liefmann ſeit 30 Jahren an periodiſchem Wahnſinne in dem Grade gelitten hat, daß ſie als gefährlich entweder auf polizeiliche Anordnung oder aus freiem Antriebe durch ihre Angehörigen eingeſperrt werden mußte;

Daß aber hieraus eine Verpflichtung der Gemeinde Gierath, bezüglich der Bürgermeiſterei Bedburdyck, zu ihrer Unterhaltung nicht gefolgert werden kann, da wie der vorige Richter ſehr richtig ausgeführt hat, nicht der geiſtige oder körperliche Zuſtand einer Perſon, ſondern deren Bedürfniſſe zum Lebensunterhalte die im Geſetze vom 31. Dezember 1839 den Gemeinden ſubſidiariſch auferlegte Verpflichtung zur Verpflegung bedingen;

Daß auf der andern Seite aber durch das Zeugenverhör nachgewieſen worden iſt, daß während dieſen früheren Perioden des Wahnſinns der Sara Liefmann die Appellatin zu deren Unterhaltung niemals herangezogen worden iſt, indem die erſtere nur einmal im Jahre 1832 oder 1833 während eines kurzen Zeitraums von etwa 7 Wochen von ihren jüdiſchen Glaubensgenoſſen unterſtützt worden iſt, ohne daß die Gemeinde ſich entfernt um dieſe Mildthätigkeit bekümmert hat

Daß der Zeuge Emanuel Oberländer von Gierath, welche damals die Verpflegung der Sara Liefmann beſorgt hatte

in Uebereinstimmung mit seiner Ehefrau und seinem Nachbar Mathias Biester bekundet, daß dieselbe in der Art wieder hergestellt worden sei, daß er sie, mit Verzichtleistung auf eine fernere Unterstützung, als Magd bei sich behalten und mit der Verrichtung ihrer häuslichen Geschäfte sowohl als mit der Beaufsichtigung seiner Kinder vollkommen zufrieden gewesen sei;

Daß aus den Aussagen der gedachten Zeugen ferner erhellt, daß die Sara Liefmann erst im Jahre 1837 das Haus ihres Dienstherrn in Folge eines mit diesem gehabten Wortwechsels verlassen und einstweilen bei dem Nachbar Biester Obdach gesucht und erhalten hat, der, wie er hinzusetzt, sie in seine Dienste genommen haben würde, wenn er sich nicht vor der Verabreichung jüdischer Kost gescheuet hätte;

Daß bei dem Eintreffen des zur Abnahme seiner Schwester beorderten Bernhard Liefmann von Gierath der frühere Dienstherr Oberländer bei diesem den Versuch gemacht hat, ihm seine Schwester zu belassen, ohne aber Gehör zu finden, indem der Bruder dieselbe mit ihrem Bette und ihren Effekten nach Gierath fortgeführt hat;

Daß ferner der Zeuge Biester dem Bruder noch Anweisungen über die Behandlung seiner Schwester mit auf den Weg gegeben hat, damit sie nicht in ihre alte Krankheit zurückfalle;

Daß aus allem Diesem gefolgert werden muß, daß die Sara Liefmann bei ihrem Abzuge mit keinem Irrsinne behaftet war und mit vollem Bewußtsein ihren Wohnsitz von Gierath nach Wevelinghoven verlegt hat;

Daß, wenn sie indessen bald darauf in Wevelinghoven sich neuerdings als wahnsinnig zu erkennen gegeben hat, dies entweder der Wirkung der Veränderung, oder dem Mangel einer sachgemäßen Behandlung der Familie des Bruders, oder einem sonstigen unermittelten Umstande beigemessen werden muß, keineswegs aber angenommen werden kann, daß dieser Zustand bereits bei der Abreise von Gierath vorhanden gewesen sei;

Daß die appellantische Gemeinde, welche die Sara Liefmann in ihre Bevölkerungsliste mit aufgenommen, gegen deren Niederlassung nicht protestirt hat, vielmehr es ruhig geschehen ließ, daß etwa ein oder zwei Jahre später der Bürgermeister von Bedburdyck die in seinem Bezirke wahnsinnig umher-

Digitized by Google

irrende Kranke, unter Beifügung eines an seinen Kollegen von Wevelinghoven gerichteten Schreibens, aufgreifen und letzterm als zu seinem Ressort gehörig vorführen ließ;

Daß als die Nothwendigkeit der Unterstützung der Sara Liesmann sich ergeben hat, dieselbe schon länger als drei Jahre in Wevelinghoven wohnhaft war, und es völlig gleichgültig ist, daß sie nach den Angaben vieler Zeugen sich häufig von ihrem Bruder wegbegab, um in der Umgegend herumzuschwärmen, da sie stets zu demselben zurückgekehrt ist und bei ihm ihren Wohnsitz beibehalten hat;

Daß hiernach der vorige Richter das Gesetz vom 31. Dezember 1842 auf den vorliegenden Fall richtig angewandt hat, und die Appellantin durch dessen Entscheidung keineswegs beschwert worden ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. u. s. w.

II. Senat. Urtheil vom 4. Februar 1850.

Advokaten: Stupp — Kyll.

Falliment. — Waare en route. — Revindication.

Eine Waare hört dadurch nicht auf, en route zu sein, daß sie, bevor sie an ihrem Bestimmungsorte angekommen ist, von dem Adressaten verpfändet wird, um dem Spediteur, bei welchem sie lagert, die schuldigen Spesen zahlen zu können.

Eine solche Verpfändung steht daher der Revindikation der Waare, wenn die sonstigen Erfordernisse für dieselbe vorhanden sind, nicht entgegen. Art. 576 ff. H. G. B.

Gebrüder Schölling — Société anonyme des hauts-fourneaux usines et charbonnages de Chatelineau.

Die im Rubrum bezeichnete anonyme Handelsgesellschaft facturirte am 27. März 1848 an die Handlung Gebrüder Schölling zu Ronsdorf eine Parthie Roheisen zu 5000 Fr., welche zunächst an den Spediteur van Zütphen in Cöln ging. Dieser machte eine bedeutende Forderung an vorgelegter Fracht,

Digitized by Google

Spesen u. s. w. geltend und weigerte sich daher, bevor er hiefür Befriedigung erhalten, die Waare an ihren Bestimmungsort Ronsdorf abzusenden. Das Resultat einer weitläufigen, mit den Gebrüdern Schölling hierüber geführten Correspondenz war, daß die Letztern die Waare bei der Darlehns-Cassa zu Cöln für 900 Thlr. verpfändeten und diese Summe theilweise zur Befriedigung des van Zütphen verwendeten, welcher dann seiner Seits bescheinigte, die Waare für die Darlehns-Cassa zu besitzen. Bei diesem Stande der Dinge fallirten die Gebrüder Schölling im Oktober 1848. Hierauf legte die anonyme Gesellschaft unter dem 19. Dezember dess. J. das qu. Roheisen bei van Zütphen zum Zwecke der Revindication in Beschlag und klagte demnächst gegen die fallirte Handlung unter dem Antrage auf Gültigkeitserklärung der Beschlagnahme, Herausgabe des in Händen des Syndiks beruhenden Pfandscheines über die Verpfändung bei der Dahrlehnscasse oder eventualiter Erstattung von 900 Thlr. mit Zinsen und Kosten, und endlich auch Ermächtigung des van Zütphen und der Dahrlehnscasse zur Herausgabe der Waare, — vorbehaltlich der Ansprüche wegen der von der klagenden Gesellschaft an die Dahrlehnscasse zu restituirenden 900 Thlr. sammt Zinsen und Kosten.

Diese Klage wurde auf Art. 576 ff. des H. G. B. gegründet, indem die Waare noch unbezahlt und auf der Reise sei, ihre Identität feststehe und keine der in den citirten Artikeln vorgesehenen Ausnahmefälle vorliege.

Seitens des Falliments behauptete man dagegen, in den Händen des Spediteurs van Zütphen sei die Waare bereits zur Disposition der Falliten gewesen, eine solche Disposition Seitens der Falliten habe sogar durch die Verpfändung bei der Dahrlehnscasse und die in Folge derselben geschehene Zahlung der Spesen bereits stattgefunden und es sei nunmehr die auf dem Lager des Spediteurs durch die Falliten verpfändete Waare so anzusehen, als befände sie sich in deren eigenem Waarenlager, zumal nach Art. 6 des Gesetzes vom 15. April 1848 die symbolische Uebergabe mit der nach Art. 2076 des B. G. B. erforderten reellen Uebergabe des Faustpfandes gleiche Wirkung habe.

Das Handelsgericht zu Elberfeld erwog hierauf in seinem Urtheile vom 27. Juni 1849, daß die an van Zütphen ge-

Digitized by Google

ſchehene Zahlung der Speſen, Fracht u. ſ. w. der Vindicationsklage der revindizirenden anonymen Geſellſchaft um ſo weniger entgegenſtehe, als der Art. 579 des H. G. B. dem Vindikanten nur die Verbindlichkeit auferlege, dergleichen Vorſchüſſe zu erſtatten; daß auch die Verpfändung der Waare (durch den Adreſſaten) an und für ſich ebenwenig die Vindikation hindere, da der Pfandnehmer nicht das Eigenthum der Waare erlange, ſondern nur das Recht, ſich für ſein Darlehn aus der Waare bezahlt zu machen und dieſe nöthigenfalls zu dem Ende verkaufen zu laſſen; daß das Geſetz vom 15. April 1848 nur hinſichtlich der Form, nicht aber hinſichtlich der Natur des Pfandvertrages eine abändernde Beſtimmung getroffen habe; — und erklärte hienach die Revindikation für gerechtfertigt.

Gegen dieſes Urtheil erhoben die Gebrüder Schölling, welche unterdeſſen mit ihren Creditoren ein Concordat geſchloſſen und dadurch die eigene Vermögensverwaltung wieder erlangt hatten, das Rechtsmittel der Berufung, bei deren Rechtfertigung ihr Anwalt namentlich hervorhob, es ſei die Waare zur Zeit der Revindikationsklage gar nicht mehr en route geweſen; durch die Verpfändung, welche nur der Eigenthümer der Waare vornehmen könne, habe dieſer definitiv über dieſelbe verfügt; die Waare habe ihre Beſtimmung erreicht gehabt und es ſei das Magazin der Dahrlehnscaſſe, resp. des van Zütphen in dieſer Beziehung als das eigene Magazin der Appellanten anzuſehen geweſen. — Dagegen bemerkte der Anwalt der appellatiſchen Sozietät, das Roheiſen ſei nach Ronsdorf beſtimmt geweſen, daher ſo lange es dort nicht eingetroffen, allerdings en route. Die Verpfändung bei der Dahrlehnscaſſe ſtehe der Vindikation nicht entgegen; auch dem Fuhrmanne, Commiſſionär u. ſ. w. ſei, und zwar ex lege die Waare verpfändet, und doch ſchließe dieß, wie bekannt und augenſcheinlich aus dem Geſetze erhelle, die Vindikation nicht aus. Dieſe ſei, ſo lange die Waare en route und nicht in das Waarenlager des Falliten oder des *mit dem Verkaufe* beauftragten Commiſſionärs eingeführt worden, nur dann nicht mehr zuläſſig, wenn die Waare auf Factura *und* Connoſſement verkauft worden, — ein Fall, welchem die bloße Verpfändung gewiß nicht gleich zu ſtellen ſei.

Digitized by Google

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes, die Hauptberufung *) verwerfendes

Urtheil:

I. E., daß der auf der Factura vom 27. März 1848 enthaltene Vermerk, daß das von den Appellanten bei der Appellatin erkaufte Roheisen auf deren Werke zu übergeben und abzunehmen sei, bei der Entscheidung der Sache ohne allen Einfluß ist, da nach Art. 576 des H. G. B. auch überlieferte Waaren vindizirt werden können, wenn die in den folgenden Artikeln aufgestellten Bedingungen vorhanden sind;

Daß nun aber der Art. 577 die Revindication davon abhängig macht, daß die Waaren sich noch auf der Reise befinden und noch nicht in dem Magazin des Fallirten, oder in jenem des von ihm zu deren Verkaufe ermächtigten Commissionärs eingetroffen seien;

Daß im untergebenen Falle das Eisen von Chatelineau nach Ronsdorf durch die Vermittelung von Spediteurs versandt und vor seiner Ankunft am Orte seiner Bestimmung am 9. Dezember 1848, im Magazin des hiesigen Spediteurs van Zütphen von der Appellatin vindizirt worden ist;

Daß die Appellanten nicht bewiesen, ja nicht einmal behauptet haben, daß van Zütphen von ihnen zum Verkaufe des Eisens den Auftrag gehabt habe, dasselbe sich mithin im gesetzlichen Sinne noch auf der Reise befunden hat;

Daß zwar die Appellanten, welche wegen ihrer Vermögenszerrüttung außer Stande gewesen waren, die Auslagen und Spesen des van Zütphen, dessen häufigen Erinnerungen ungeachtet, zu berichtigen, am 7. August 1848 bei der hiesigen Pahrlehnscasse, unter Verpfändung des Eisens und Verpflichtung des van Zütphen als Verwahrer, einen Vorschuß von 900 Thlr. aufgenommen und hieraus das Guthaben des Letztern mit 391 Thlr. 15 Sgr 6 Pfg. berichtigt und den Rest für sich behalten haben;

Daß hierdurch aber die Waare nicht aufgehört hat, auf der Reise zu sein, und eben so wenig im Eigenthum ein Wechsel erfolgt ist;

*) Die gleichzeitig von der appellatischen Gesellschaft eingelegte Inzidentberufung, welche sich auf die Rückgabe des Pfandscheines bezog, wird, als von geringerm juristischem Interesse, nicht näher erörtert.

Digitized by Google

Daß wenn der Art. 578 die Vindikation nur in dem Falle ausschließe, daß ein wirklicher Verkauf auf Faktura und Frachtbrief, ohne Betrug, Statt gefunden habe, es um so weniger in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, dem einfachen, ohne Uebergabe dieser Papiere erfolgten Versatze der Waaren eine gleiche Wirkung beizumessen;

Daß auch die Appellanten mit Unrecht behaupten, daß dadurch, daß sich van Zütphen als Verwahrer des verpfändeten Eisens hingestellt habe, dessen Magazin als ihr eignes angesehen werden müsse, da die Verpfändung nur auf drei Monate geschehen ist, die Waaren mithin im Falle ihrer Auslösung und so lange die Appellanten keine andere Verfügung getroffen hatten, immerhin nach Rousdorf abgehen mußten, folglich van Zütphen vor wie nach Spediteur geblieben ist und sein Magazin um so weniger als jenes der Appellanten angesehen werden kann, als sie mit demselben wegen einer Miethe gar kein Abkommen getroffen haben, so daß er nur als Spediteur die ferneren Lagerspesen in Anrechnung bringen kann.

Daß hiernach, und ohne daß es nöthig ist auf die von der Appellatin in dieser Instanz anderweit geltend gemachten Gründe näher einzugehen, die Appellanten durch die Entscheidung des vorigen Richters nicht beschwert worden sind;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Kgl. Handesgerichts zu Elberfeld vom 27. Juni 1849 eingelegte Hauptberufung u. s. w.

I. Senat. Urtheil vom 5. März 1850.

Advokaten: Seligmann — Wallraff.

Anwalts-Gebühren. — Honorar für den Advokaten. — Verjährung.

Die im Art. 2273 des B. G. B. bestimmte zweijährige Verjährungsfrist für die Klagen der Anwälte auf Zahlung ihrer Gebühren findet keine Anwendung auf die Klagen der Advokaten wegen ihrer Honorarien.

Holthof — Schäfges u. Conf.

Den oben aufgestellten Satz hat der A. G. H. in Ueber-

Digitized by Google

einstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums in folgendem Urtheile ausgesprochen.

J. E., daß Oppositin auf die früher geforderten Anwalts-Gebühren und Auslagen verzichtet und ihren Anspruch auf das Honorar für die stattgehabten 4 mündlichen Vorträge im Betrage von 81 Fr. oder 21 Thlr. 18 Sgr. beschränkt hat;

J. E., daß die durch Art. 2273 des B. G. B. eingeführte kürzere Verjährung als Ausnahme von der Regel strictissimae interpretationis ist, und daher lediglich auf die Ansprüche der Anwälte, welche diese als solche zu machen haben, zu beschränken ist, nicht aber auf die der Advokaten bezogen werden darf, deren Gebühren nach Art. 80 der Taxordnung vom 16. Februar 1807 ausdrücklich von denen der Anwälte getrennt sind;

Daß der in der spätern Gesetzgebung wiederholt anerkannte Unterschied zwischen Advokat und Anwalt, Ausweise des Gesetzes vom 22. Ventose J. XII bei Publikation des B. G. B. bereits bestanden hat, mithin dem Gesetzgeber bei Abfassung des Art. 2273 cit. hinreichende Veranlassung gegeben war, auch der Advokaten zu erwähnen, wenn anders es seine Absicht gewesen wäre, die Klage der Advokaten wegen ihrer Honorarien jener kürzern Verjährungsfrist ebenfalls zu unterwerfen;

Daß zudem die Lage des Advokaten der Partei gegenüber eine ganz andere ist, als die des Anwalts, welcher im Besitze der betreffenden Urkunden und Aktenstücke, nicht allein hiedurch in der Möglichkeit zu einer baldigen Befriedigung wegen seiner Kosten und Auslagen zu gelangen sich befindet, sondern auch berechtigt ist vor Beginn seiner Thätigkeit überhaupt einen Vorschuß zu verlangen, welches dem Advokaten nach Art. 36 des Dekrets vom 14. Dezember 1810 ausdrücklich untersagt ist;

Daß hiernach die dem gegenwärtigen Anspruche der Oppositin entgegengesetzte Verjährungseinrede nicht gerechtfertigt erscheint, eine von den Opponenten behauptete Bezahlung dieser Gebühren aber nicht nachgewiesen ist, indem die von der Oppositin selbst früher nachgegebenen Beträge als Vorschüsse auf die Anwalts-Gebühren und Auslagen bezeichnet und unter Berücksichtigung des erwähnten Verbotes des Art. 36 des Dekretes vom 14. Dezember 1810 als auf diese geleistet, zu imputiren sind.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

nimmt der Kgl. Rh. A. G. H. die gegen sein Contumatial-Urtheil vom 23. Juli 1849 eingelegte Opposition in sofern an, als Opponenten dadurch zur Zahlung eines größern Betrages als 81 Fr. oder 21 Thlr. 18. Sgr. verurtheilt sind;

Verwirft im Uebrigen was den Kostenpunkt betrifft, die gegen gedachtes Urtheil eingelegte Opposition und compensirt die seitdem weiter aufgegangenen Kosten.

I. Civilsenat. Sitzung vom 2. April 1850.

Advokaten: Lautz — Vagedes.

Leibzuchtsrecht. — Actio confessoria.

Der Nießbraucher eines Grundstückes ist berechtigt, durch eine petitorische Klage (Actio confessoria) eine diesem Grundstücke als Prædium dominans zustehende Servitut, in Anspruch zu nehmen.

Eigen — Birschel u. Cons.

Der Ackerer Johann Eigen, welcher unter der Herrschaft des bergischen Rechts geheirathet hatte und nach dem Tode seiner Ehefrau das auf seine minderjährigen Kinder dem Eigenthume nach devolvirte Ackergut zu Postdüssel leibzüchtig besaß, stellte gegen die Eigenthümer mehrerer angränzenden Grundstücke eine Actio confessoria auf Anerkennung einer Wegegerechtigkeit an. Dieser Klage wurde die Einrede der Unzuläßigkeit entgegengesetzt, indem der Kläger als bloßer Leibzüchter zur Anstellung einer solchen petitorischen Klage nicht qualifizirt sei.

Das Landgericht zu Elberfeld theilte diese Ansicht und wies durch Urtheil vom 21. Juni 1848 die Klage aus folgenden Gründen ab:

J. E., daß das B. G. B. weder direct dem Leibzüchter die Befugniß zu einer solchen Klage gestattet, noch eine Vermuthung dafür aus irgend einer Verfügung des Gesetzes über die Rechte des Leibzüchters hergeleitet werden kann;

Daß der Leibzüchter als Inhaber eines dinglichen Rechtes eine juris quasi possessio und demzufolge zur Aufrechthaltung seines Besitzes sowohl als zur Erreichung des

Digitized by Google

hiermit verbundenen Genusses die nämlichen Schutzmittel wie der Eigenthümer hat;

Daß der Leibzüchter sich also aller derjenigen Klagen bedienen darf, die den Besitz und Genuß betreffen;

Daß hingegen die Eigenthumsklagen nur dem Eigenthümer der Sache zustehen;

Daß demnach der Leibzüchter nur befugt ist, auch auf die Erhaltung einer Nothwegegerechtigkeit in possessorio, nicht aber in petitorio zu klagen;

I. E., daß diese Erwägungsgründe auch durch den Art. 613 des B. G. B. unterstützt werden, demzufolge dem Nutznießer die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Kosten von den Prozessen, welche den Genuß betreffen, auferlegt wird, sowie von den sonstigen Verurtheilungen, welche in Folge solcher Prozesse ausgesprochen werden;

Daß endlich selbst die am weitesten gehenden Ausleger des römischen Rechts dem Leibzüchter nur im Namen des Eigenthümers petitorisch zu klagen gestatten;

Daß somit die Einrede der mangelnden Qualification des Klägers begründet erscheint.

Bei der Begründung der gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung suchte der appellantische Anwalt die Zulässigkeit der Actio confessoria für den Usufructuar sowohl nach römischem wie nach französischem Rechte nachzuweisen. Hinsichtlich des römischen Rechts bezog er sich dafür im Wesentlichen auf:

L. 1. pr. D. si ususfr. pet. (7. 6.)
L. 5 §. 1 ibid.
L. 1 §. 4 D. de remiss. (43. 25.)
L. 2 D. de nov. op. nunt. (39. 1.)

und hinsichtlich des franz. Rechts auf:

Proudhon Traité de l'usufruit T. II. Nro. 1257

und ein Urtheil des pariser Cass.-Hofes vom 5. März 1850 (Gazette des tribunaux vom 7. März 1850).

Der appellatische Anwalt deduzirte dagegen aus den angeführten Stellen des römischen Rechts, daß dasselbe zwar dem Usufructuar, wie dem Pfandgläubiger, dem Emphyteuta und Superficiar utiliter eine Negatorienklage gestatte, weil man sich durch eine solche nur in seinem Rechte ver-

Digitized by Google

theidige; die confessorische Klage aber, bei welcher für das leibzüchtig besessene Grundstück etwas in Anspruch genommen werde, stehe nur dem Eigenthümer des Grundstückes zu. Die Verklagten hätten auch ein Interesse, die desfallsige Einrede geltend zu machen, da ein Urtheil, welches die Klage als unbegründet abweisen sollte, gegen den Eigenthümer nicht res judicata bilden würde. In Bezug auf das französische Recht bezog er sich auf Pardessus Traité des servitudes Nro. 333.

Das öffentl. Ministerium bemerkte, daß, wenn auch das Leibzuchtsrecht des Appellanten aus dem römischen resp. gemeinen Rechte originire, doch die Frage bezüglich der Qualification des Leibzüchters zur Anstellung der qu. Actio confessoria nicht nach dem römischen, sondern nach rheinischem Rechte zu beurtheilen sein dürfte, da das erstere höchstens nur für die Beurtheilung des Umfanges des materiellen Rechts des Leibzüchters, der Entstehung, der Dauer und der gesetzlichen Beendigung desselben, maaßgebend sein, keineswegs aber die Art und Weise bestimmen könnte, wie dieses Recht unter der Herrschaft der jetzt geltenden Gesetzgebung geschützt oder wiedererlangt werden könne. Nach dem heutigen Rechte aber, nach welchem die anzustellende Klage nicht näher zu bezeichnen und das Interesse in der Regel der Maaßstab für das Klagerecht sei, scheine schon um deshalb die Qualification des Leibzüchters zur Anstellung einer Actio confessoria weniger zweifelhaft als nach römischem Rechte, da dieselbe in dem Erfolge nichts anderes sei als eine Klage auf vollständige und unverkümmerte Benutzung des Leibzuchtsrechts selbst. Mit Unrecht würde man behaupten wollen, der Nießbraucher habe sich deshalb nur an den Eigenthümer zu halten, also eine Contraktsklage anzustellen; denn einmal könne er das ihm zustehende dingliche Recht gegen jeden Dritten vindiziren, der ihm dasselbe ganz oder auch nur theilweise streitig mache, — und eine Actio confessoria sei nichts weiter als eine theilweise Vindication des Rechts selbst; dann aber könne auch vorliegend von einer Contractsklage um so weniger die Rede sein, als hier das Leibzuchtsrecht nicht auf einem Vertrage, sondern auf dem Gesetze beruhe, der Eigenthümer des leibzüchtig besessenen Grundstückes daher nicht in einem höhern Grade als jeder Dritte verpflichtet sei, das Recht des Leibzüchters unverkümmert zu lassen. — Mit Un-

Digitized by Google

recht scheine das Kgl. Landgericht sich zur Begründung der von ihm getroffenen Entscheidung auf eine Analogie aus dem Art. 613 des B. G. B. zu berufen, da dieser Art. nur bestimme, daß der Nießbraucher die Kosten der seine eigenen Vortheile verfolgenden Prozesse selbst tragen solle, woraus für die Unzulässigkeit einer von ihm anzustellenden confessorischen Klage nichts gefolgert werden könne. — Sollte übrigens die Frage nach römischem resp. gemeinem Rechte entschieden werden müssen, so würde man nach den von dem appellatischen Anwalte angezogenen Gesetzesstellen wohl zu demselben Resultate gelangen, indem sich daraus ergebe, daß die ursprünglich nur dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gegebene Actio confessoria bald auch als eine utilis dem Hypothekargläubiger, dem Emphiteuta, dem Superficiar und dem Usufructuar gegeben worden sei. Allerdings bezwecke dieselbe, wenn sie von diesen angestellt werde, weniger die Vindication eines dem herrschenden Grundstücke zustehenden Rechts, als vielmehr die unbeschränkte Ausübung des dem jedesmaligen Kläger zustehenden speziellen dinglichen Rechts; dieser Umstand könne jedoch der Zulässigkeit einer solchen Klage, zumal heutigen Tages, wo es auf eine strenge Benennung der Klagen nicht mehr ankomme, nicht entgegenstehen. — Zur Unterstützung dieser Ansicht wurde noch Bezug genommen auf Thibaut §. 625 und Voët ad pand. Lib. VIII Tit. 5 §. 1.

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß von den Appellaten und ursprünglichen Beklagten nicht bestritten wird, daß das Gut Postdüssel, für welches die Weggerechtigkeit in Anspruch genommen ist, den Kindern des Appellanten eigenthümlich zugehört, und daß dem Letztern an diesem Gute die Leibzucht zustehe;

Daß es sich vielmehr nur um die vom ersten Richter verneinte Frage handelt, ob der Appellant als Nutznießer zu der erhobenen confessorischen Klage rechtlich qualifizirt gewesen sei;

J. E., daß der Nutznießer das Recht hat die Sache vorbehaltlich ihrer Substanz gleich dem Eigenthümer zu gebrauchen und zu benutzen;

Daß er dieses mit einem dinglichen Charakter bekleidete

Digitized by Google

Recht, in eignem Namen ausübt und daher dasselbe gegen jede Beeinträchtigung, woher sie auch kommen mag, zu schützen befugt ist;

Daß ihm zu diesem Behufe, neben den possessorischen Rechtsmitteln, auch die petitorische Klage zustehen muß;

Daß er diese Klage anstellen kann, nicht nur, wenn ihm das Nießbrauchsrecht seinem ganzen Umfang nach bestritten wird, sondern auch dann, wenn nur eine partielle Verletzung desselben Statt findet;

Daß dies namentlich auch alsdann der Fall ist, wenn der Nutznießer an der Ausübung einer Realservitut gehindert wird, welche den mit dem Nießbrauch behafteten Grundstücken anklebt, weil die Ausübung dieser Servitut zu dem Inhalte seines Rechtes gehört;

J. E., daß ganz in dieser Weise auch die Sache im römischen Rechte aufgefaßt ist;

L. 1. pr. l. 5. §. 1 D. 7, 6.
L. 2. D. 39. 1.
L. un. §. 4 D. 43, 25.

und daß die Bestimmungen des B. G. B., welches in der vorliegenden Materie im Ganzen dem Römischen Rechte gefolgt ist, nichts enthalten, was den oben ausgeführten Grundsätzen widerstreitet;

J. E., daß namentlich aus dem Art. 613 des B. G. B. ein Argument für die gegentheilige Ansicht nicht abgeleitet werden kann, indem daraus weiter nichts zu folgern ist, als daß der Nutznießer die Kosten eines in seinem Interesse geführten Rechtsstreits, selbst zu tragen hat;

J. E., daß daher auch die obigen Grundsätze im vorliegenden Falle um so mehr zur Anwendung gebracht werden mußten, als es nach dem heutigen Rechte auf die Benennung der Klage nicht ankommt, und das Interesse hauptsächlich den Maaßstab zur Klage abgiebt;

Daß daher das Urtheil a quo, indem es von entgegengesetzten Principien ausgeht, der Reformation unterliegen muß;

Aus diesen Gründen

erklärt der Rh. A. G. H. unter Reformation des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 21. Juni 1848, den Appellanten für befugt, die mittelst Ladung vom 17. April 1848 angestellte Klage zu erheben; verweis't die Parteien

Digitized by Google

zur Fortsetzung des Rechtsstreites an den ersten Richter zurück, verurtheilt die Appellaten zu den Kosten dieser so wie zu jenen der vorigen Instanz, welche durch das Urtheil veranlaßt worden sind, und verordnet zugleich die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

I. Civilsenat. Sitzung vom 2. April 1850.

Advokaten: Seligmann — Müller.

Subhastation. — Wiederholung des Einspruchs.

Müssen Einreden gegen das Subhastationsverfahren, die schon vor dem Lizitationstermine erhoben sind, im Lizitationstermine selbst wiederholt werden? Subh. O. §. 19. 20.

Ueber obige Frage enthält das Rhein. Arch. widersprechende Entscheidungen in Band X. 1. 219. XII. 1. 125. XX. 1. 53. XXXII. 1. 84. In der letzten Zeit hat der Appellhof die Frage abermals im entgegengesetzten Sinne entschieden.

Erster Fall.

Haan — Universität Bonn.

Das Landgericht zu Köln hatte unter'm 27. Juli 1848 sich für die Nothwendigkeit der Wiederholung des Einspruchs entschieden. Der Appellhof reformirte dieses Urtheil aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß der Appellant durch Gerichtsvollzieherurkunde vom 21. Juli 1847 Einspruch erhoben hat, wider

a) die auf Anstehen des appellatischen Verwaltungsrathes dem Appellanten am 14. April 1847 zugestellte Aufforderung als Drittbesitzer von vier Weinbergsparzellen die Summe von 2100 Thlr. zu bezahlen oder diese Grundstücke abzutreten;

b) wider den Gerichtsvollzieherakt vom 25. Juni 1847, womit dem Appellanten die Beschlagnahmeverfügung mitgetheilt wurde;

c) wider die Beschlagnahmeverfügung selbst;

Daß der Appellant die Opposition in dem Subhastationstermine nicht wiederholt und deshalb von dem ersten Richter

seines Einspruches für verlustig erachtet wurde; daß jedoch die Vorschrift des Art. 19 der Subhastations-Ordnung nicht so zu verstehen ist, als müßte nothwendig die Opposition in dem Subhastationstermine geschehen, vielmehr so auszulegen ist, daß der Subhastationstermin die späteste Frist sei, in welcher die gegen das Verfahren gerichteten Oppositionsgründe vorgebracht werden müßten; daß nicht abzusehen, warum ein Drittbesitzer verpflichtet sei, mit seinem Einspruche gegen die Sommation, zu zahlen oder abzutreten, bis zum Subhastationstermine zu warten, da sein Interesse es erheischt, schon vor der Subhastation seine Rechte auf gerichtlichem Wege zur Geltung zu bringen; daß dem auch keine gesetzliche Bestimmung entgegensteht; daß daher unter Umständen der Opponent schon vor dem Subhastationstermine ein günstiges Urtheil erlangt haben kann und es daher eine müßige Verrichtung wäre, die Oppositionsgründe noch einmal in dem Subhastationstermine anzumelden;

Daß zwar behauptet wird, die Ansteigerer hätten ein Recht zu verlangen, von den Oppositionsgründen in Kenntniß gesetzt zu werden, daß diesem Rechte, wenn es überhaupt vorhanden wäre, jedenfalls die Pflicht des Extrahenten der Subhastation correspondiren würde, sie von den früher vorgebrachten Oppositionen in Kenntniß zu setzen; daß dieses überdies in dem vorliegenden Falle durch den Bevollmächtigten des appellatischen Verwaltungsrathes geschehen ist und sonach überall kein Grund vorhanden ist, den Appellanten der Opposition für verlustig zu erklären.

III. Senat. Sitzung vom 31. Juli 1850.

Advokaten: v. Hontheim — Müller.

Zweiter Fall.

Vogt — Frack.

In einem Urtheile vom 3. Mai 1849 hatte sich das Landgericht zu Coblenz für die bejahende Beantwortung obiger Frage ausgesprochen und hat der Appellationshof diese Entscheidung aus folgenden Gründen bestätigt:

I. E., zur Hauptsache, daß nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 20 der Subhastations-Ordnung, wenn ein Dritter, welcher auf die in Beschlag genommenen Grundstücke Ansprüche zu haben glaubt, schon vor dem Verkaufe derse-

ben sie geltend machen und sich dem Verkaufe widersetzen will, spätestens bei Eröffnung des Lizitationstermins dem Friedensrichter oder Deputirten davon die Anzeige zu Protokoll machen und die in Händen habenden, zum Beweise dienenden Urkunden demselben übergeben muß; daß alsdann das Protokoll nebst den Beweisstücken beim Anfange des Lizitationstermins den Interessenten vorgelegt und dieses in dem über die Lizitation zu führenden Protokolle bemerkt werden soll;

Daß im gegenwärtigen Falle aber vor dem Termine selbst unter dem 3. August 1848, ein solcher Einspruch, nebst Ladung vor das Kgl. Landgericht eingelegt und auf den Grund des Eigenthums an einem Theile der in Beschlag genommenen Grundstücke die Vernichtung der betreffenden Exekutionsakte beantragt worden ist; daß hierin klar der Fall des Gesetzes, sich dem Verkaufe zu widersetzen, enthalten, das Verfahren dabei als ein Inzidentpunkt zu betrachten ist, und da Appellant ungeachtet dessen spätestens im Lizitationstermine selbst nicht die Anzeige davon gemacht und die in Händen habenden Urkunden übergeben hat, der Richter erster Instanz mit Recht, den Einspruch gegen die Beschlagnahme der in Rede stehenden Güter und gegen das Subhastations-Patent vom 5. Mai 1848 als unzulässig verworfen hat.

I. Senat. Sitzung vom 27. Februar 1850.

Advokaten: Seligmann — v. Hontheim.

Zeugenverhör. — Erscheinen der Parteien.

Der Richter-Commissar ist weder befugt noch gehalten, von Amtswegen zur Vernehmung der Zeugen zu schreiten, wenn weder eine Partei noch deren Vertreter im Termine erscheint, um die Vernehmung zu beantragen.

Schiffgen — Preiß.

Zwischen den in einem Theilungsprozesse befangenen Parteien erließ das Kgl. Landgericht in Köln ein Urtheil, worin es einen Zeugenbeweis verordnete und das Friedensgericht in Königswinter zur Vernehmung der Zeugen committirte;

Digitized by Google

Der Anwalt der Kläger erwirkte Ordonnanz, wodurch der Termin zur Vernehmung der Zeugen auf den 23. Febr. 1848 Nachmittags 2 Uhr bestimmt wurde, ließ auch seine Zeugen dem Gegenanwalte gehörig denunziren.

Im bestimmten Termine erschien aber Niemand für die zum Beweise zugelassene Partei „obwohl" — wie das Protokoll des Friedensgerichtes besagt, — bis 4 Uhr auf das Erscheinen des Klägers gewartet wurde;

Der Anwalt des Klägers beantragte nun beim Kgl. Landgerichte den Wiederanfang des durch die Ordonnanz des Commissars begonnenen Zeugenverhörs, indem er vorstellte, daß die Partei das Urtheil, Ordonnanz, Denuntiation und Ladung der Zeugen an das kommittirte Friedensgericht zeitig eingesendet und dasselbe auch ohne das Erscheinen des Klägers oder eines Vertreters desselben die Zeugen ex officio hätte vernehmen müssen.

Dem widersprach der Anwalt der Verklagten. Er behauptete, daß nach der bestehenden Prozeßordnung das Richteramt überhaupt und im Prinzip nur auf Anrufen der Parteien zu handeln habe und bezog sich hinsichtlich der Anwendung dieses Prinzips im Zeugenbeweisverfahren auf die Bestimmungen der Art. 261, 269, 279 der B. P. O. — dem stehe auch die Verfügung des Art. 262 ib. nicht entgegen, da diese nur den Zweck gehabt habe, die durch die Ordonnanz von 1667 Tit. 22 Art. 15 untersagte Gegenwart der Parteien bei der Vernehmung der Zeugen zu autorisiren, für vorliegenden Fall aber nichts entscheide.

Das Kgl. Landgericht in Köln erließ darüber unter dem 25. Mai 1848 folgende Entscheidung:

I. E., daß nach der dem Rheinischen Prozeßrechte zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime die Thätigkeit des Richters nur durch ein Requisitorium der Partei bedingt ist und nur insofern ein solches erfolgt ist, eintreten kann; daß daher der Richter, welcher mit einer Zeugenvernehmung beauftragt ist, wenn auch nach Art. 259 der B. P. O. das Zeugenverhör mit Erlassung der desfalls nachgesuchten Ordonnanz für jede der Parteien als eröffnet zu erachten ist, zur Abhörung der Zeugen selbst ohne desfallsigen ausdrücklichen Antrag der beweisführenden Partei in Person oder

Digitized by Google

durch ihren Anwalt in dem anberaumten Termine zu schreiten, nicht befugt ist;

Daß dieses insbesondere auch aus den Bestimmungen der Art. 269 und 275 der B. P. O. hervorgeht, wonach das Protokoll über ein Zeugenverhör die geschehene Vorlegung des Urtheils, der Ordonnanz, der Zeugendenunziation, der Vorladung der Zeugen und der Gegenpartei constatiren soll;

Daß diesem auch die Bestimmung des Art. 262 ibidem wenn darin verfügt wird, daß die Zeugen einzeln und getrennt vernommen werden sollen, die Parteien mögen gegenwärtig oder abwesend sein, nicht entgegensteht, indem hierdurch eine Ausnahme von der obenerwähnten allgemeinen Prozeßregel nicht aufgestellt werden sollte, vielmehr diese Bestimmung nur als die Zulässigkeit der Anwesenheit der Parteien betreffend, anzusehen ist;

Daß sonach von dem committirten Friedensrichter in dem Termine vom 23. Februar 1848, in welchem unbestritten weder der Kläger in Person, noch in gehöriger Vertretung erschienen ist und einen desfallsigen Antrag gestellt hat, um so mehr mit Recht nicht abgehalten worden ist, als der Richter bei Nichtvorlage des das Zeugenverhör verordnenden Urtheils hiesiger Stelle vom 19. August 1847, nicht in der Lage war, dasselbe abzuhalten, und der beantragten Gestattung einer anderweitigen Abhaltung des durch jenes Urtheil nachgelassenen Zeugenverhörs die Art. 278, 280 der B. P. O. entgegenstehen.

Gegen dieses Urtheil legte Kläger Schiffgen die Berufung zum Appellationsgerichtshofe ein, zu deren Begründung insbesondere darauf Bezug genommen wurde, daß das Zeugenverhör durch die den Termin bestimmende Ordonnanz des Commissars schon begonnen und in Lauf getreten und dessen Fortsetzung und Beendigung nunmehr Sache des Commissars von Amtswegen gewesen, wenn die Partei nur dafür Sorge getragen, daß das erforderliche Material dazu vorliege.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums bestätigte jedoch der A. G. H. das Urtheil erster Instanz aus den darin bereits angeführten Gründen.

I. Senat. Sitzung vom 21. Mai 1850.

Advokaten: Best — Kyll.

Digitized by Google

Verjährung durch unvordenklichen Besitz. — Beweis.

Der Beweis einer Verjährung durch unvordenklichen Besitz kann für das Jahr 1804 rückwärts durch Zeugen nicht mehr geführt werden. *)

Gemeinde Darweiler — Gemeinde Ober- und Nieder-Ingelheim.

Die Gemeinde Darweiler nahm in einem Walde der Gemeinde Ingelheim das Recht Gras zu rupfen in Anspruch, und wurde zum Beweise durch Zeugen über einen unvordenklichen Besitzstand vor dem J. 1804 zugelassen.

Sie appellirte, um das Beweisthema zu ihren Gunsten erleichtert zu sehen, die Gemeinde Ingelheim appellirte incidenter, weil der zugelassene Beweis nicht mehr erbracht werden könne.

Der A. G. H. verwarf die Hauptberufung, weil es nur auf die prescriptio immemorialis ankomme und wies auf die Incidentberufung die Klage ab, aus folgenden Gründen:

J. E., daß jedoch von Seiten der Incidentappellanten darauf angetragen wird, schon jetzt die Klage abzuweisen, weil in jetziger Zeit überhaupt der Beweis einer unvordenklichen Verjährung vor 1804 nach der Natur dieses Beweismittels nicht mehr geführt werden könne; daß das Wesen der unvordenklichen Verjährung darin besteht, daß derjenige, welcher sich über Menschengedenken in dem ununterbrochenen Besitze einer Sache oder eines Rechtes befunden hat, eben deswegen so angesehen wird, als habe er durch ein gültiges Geschäft dies Recht erworben;

Daß daher zur Einbringung dieses Beweises erforderlich ist, daß alte Personen erklären, daß der articulirte Zustand fortwährend, soweit ihre Erinnerung reicht, immer so bestanden habe, und daß sie auch von ihren Vorfahren nicht gehört, daß es jemals anders gewesen sei; daß nun seit 1804 bis jetzt ein Zeitraum von 46 Jahren verflossen ist, mithin selbst bei der Annahme des höchsten Lebens-Alters diejenigen Personen, deren Erinnerung über das Jahr 1804 hinausreicht, im Jahr 1804 noch nicht dasjenige Alter hatten, um über die Zustände vor 1804 während eines Zeitraums von einem Menschengedenken im obigen Sinne bekunden zu können;

*) Vgl. Archiv 33. 1. 129.

Digitized by Google

Daß zwar Appellantin zur Unterstützung des Zeugenbeweises auch Urkunden beziehen will, und daß auch zu diesem Zwecke der Beweis durch Urkunden nicht ausgeschlossen ist, daß aber Appellantin weder Urkunden vorgelegt noch näher artikulirt hat, daß und wie die Urkunden, die sich hinter ihr befinden sollen, geeigenschaftet seien, um zu dem gedachten Zwecke dienen zu können; daß wenn demnach auf die Incidentberufung die Appellantin zu dem gedachten Beweise nicht mehr zuzulassen, vielmehr mit ihrer Klage definitiv abzuweisen ist, es selbstredend auf die übrigen Ausstellungen der Hauptappellantin an dem aufgegebenen Beweise nicht mehr ankommen kann.

III. Senat. Sitzung vom 19. Juni 1850.

Advokaten: Rübsahmen — Forst.

Ehe. — Eheconsens. — Ehrerbietungsakt. — Vollmacht.

Das Erforderniß der Einwilligung oder des Beiraths zur Ehe ist nach den Gesetzen, welchen die Brautleute persönlich unterworfen sind, zu beurtheilen.

Ein Ehrerbietungsakt, welcher ohne Concurrenz des Kindes auf Grund einer Vollmacht oder eines Schreibens desselben von dem Notar aufgenommen und notifizirt wird, ist nicht rechtsbeständig, wenn nicht die Vollmacht oder das Schreiben zugleich notificirt und dem Notarialakte beigefügt wird.

Kann ein Notar im Bereich der Allg. Ger. Ordn. einen Ehrerbietungsakt aufnehmen?

Art. 151, 154 des B. G. B.

Jansen — v. Gloeden.

Die am 26. Juni 1828 geborne und am 29. Januar 1844 emanzipirte Henriette v. Gloeden ist die Tochter aus der Ehe der Rentnerin Walburga Lenders mit dem verstorbenen Landbauinspektor v. Gloeden. Vor dem Eintritte der Großjährigkeit der Tochter, nämlich am 23. Mai 1849 verlegte die Wittwe v. Gloeden ihr Domicil von Veen, Land-

Digitized by Google

gerichtsbezirk Cleve, auf das rechte Rheinufer nach Wesel. Die Henriette v. Gloeden folgte der Mutter nicht, sondern hielt sich fortdauernd unter der Herrschaft des Rheinischen Rechts auf. Unter dem 1. August 1849 machte der Rechtsanwalt und Notar von Pöppinghausen zu Wesel der Wittwe v. Gloeden folgende Zustellung:

Fräulein H. v. Gloeden, gegenwärtig zu Warbegen bei Cleve, beabsichtigt sich mit dem Landwirth Jakob Jansen zu Veen, Sohn des Landwirths Jansen daselbst, ehelich zu verbinden. Da aber ihre Mutter, Wittwe v. Gloeden, gegenwärtig hierselbst wohnhaft, ihre mütterliche Einwilligung zu dieser Ehe versage, so hat gedachte H. v. Gloeden den unterzeichneten zu Wesel wohnenden Rechtsanwalt und für den Bezirk des Appellationsgerichts zu Hamm angestellten Notar Emil von Pöppinghausen durch Schreiben vom 22. v. M. ersucht, ihre Mutter Namens ihrer ehrfurchtsvoll aufzufordern, ihr die Einwilligung zu der beabsichtigten Ehe zu ertheilen. Diesem Gesuche gemäß habe ich E. v. P. unter Assistenz der hierzu ersuchten beiden Zeugen N. N., beide von hier, welchen sammt dem Notar, wie hierdurch versichert wird, keines der Verhältnisse entgegensteht, welche nach §. 5 — 9 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 von der Theilnahme an der nachstehenden Verhandlung ausschließen, mich an dem heutigen Tage in die Wohnung der vorgedachten Frau Wittwe v. Gloeden hierselbst auf dem Entenmarkt bei Kaufmann Philipp begeben. Frau v. Gloeden wurde angetroffen und derselben das Schreiben ihrer Tochter, welches oben bezogen, vorgelesen, hiernächst seitens des Notars das ehrerbietige Ansuchen an Frau v. Gloeden gestellt, ihre mütterliche Einwilligung zu der beabsichtigten Ehe ihrer Tochter mit Jakob Jansen zu Veen zu ertheilen.

Frau v. Gloeden erwiderte hierauf: nach den Gesetzen ihres gegenwärtigen Domizils müsse bekanntlich bei Verweigerung auf Ertheilung des Consenses geklagt werden und könne eine Consensertheilung in der nach dem Code Napoleon vorgeschriebenen Form nicht erlangt, überhaupt darüber nicht verhandelt werden. Sie verweigere daher auch jede Erklärung auf das an sie seitens des Notars gerichtete ehrerbietige Ansuchen. Worüber Akt und geschehen zu Wesel in der Wohnung der Frau v. Gloeden am 1. August 1849.

gez. auf der Urschrift: Walb. v. Gloeden.

Digitized by Google

Wir Notar und Zeugen atteſtiren, daß die Verhandlung wie ſie niedergeſchrieben ſtattgefunden, daß ſolche der darin genannten Frau v. Gloeden in unſrer Gegenwart laut vorgeleſen, von ihr genehmigt, und unterſchrieben worden iſt.

gez. Notar u. Zeugen.

Am 5. September und 8. Oktober erfolgten durch von Pöppinghauſen fernere Inſinuationen ähnlichen Inhalts. Sie beginnen: Auf Requiſition der Fräulein v. Gloeden hatte ſich der unterzeichnete — Notar E. v. P. mit den Zeugen — in die Behauſung des Kaufmanns Simon Philipp hierſelbſt begeben, um bei der daſelbſt wohnenden Mutter der Requirentin W. v. Gl. abermals das ehrerbietige Anſuchen zu ſtellen u. ſ. w.; eine Antwort der Mutter enthalten dieſe Akten nicht, indem dieſelbe nicht zu Hauſe getroffen wurde, und dieſe Inſinuationen ſchließen damit: der Notar hat deshalb dem Hauseigenthümer den Zweck ſeines Erſcheinens bekannt gemacht, und denſelben erſucht, die Frau v. Gloeden davon in Kenntniß zu ſetzen, zu welchem Ende ihm eine von dem Notar und den Zeugen unterſchriebene Abſchrift dieſes Aktes behändigt worden iſt.

gez. Notar und die Zeugen.

Daß die Zeugen durch Vorleſung der Inſinuationen Kenntniß von dem Inhalt derſelben erhalten, iſt in den Akten nicht erwähnt.

Unter dem 18. Oktober 1849 erhob die Wittwe v. Gloeden Einſpruch gegen den von Jakob Janſen und ihrer Tochter beabſichtigten Abſchluß der Ehe, und zwar:

1. weil die Henritte v. Gloeden noch minderjährig ſei, indem ſie, als ſie 21 Jahre alt geworden (25. Juni 1849) nicht mehr in Veen, ſondern in Weſel ihr Domizil gehabt, folglich erſt mit 24 Jahren großjährig werde;

2. weil ſie, wenn ſie auch großjährig ſei, ſo wenig nach den Geſetzen in Veen als nach den Geſetzen in Weſel ohne den Conſens ihrer Mutter heirathen könne. Um dieſen Conſens, wenn er nicht freiwillig ertheilt werde, zu erlangen, hätte ſie beim Kreisgericht zu Weſel auf Ergänzung des Conſenſes klagen müſſen. Statt deſſen habe ein Weſeler Juſtizcommiſſar Ehrerbietungsakte aufgenommen, welche wegen Inqualification dieſes Beamten unwirkſam und im Ueb-

Digitized by Google

rigen sowohl nach der Gesetzgebung zu Wesel als nach der zu Veen formell und materiell ungültig seien.

Dieser Einspruch wurde dem Civilstandsbeamten der Gemeinde Veen, durch welchen die Ehe abgeschlossen werden sollte, so wie den beiden Oppositen significirt, worauf letztere die Klage auf Aufhebung des Einspruchs am Landgerichte zu Cleve erhoben.

Die Beklagte, Wittwe v. Gloeden, bestritt die Competenz des Landgerichts zu Cleve und beantragte subsidiarisch die Abweisung der Klage aus den im Einspruche angegebenen Gründen. Das Landgericht zu Cleve verwarf die Incompetenzeinrede, und wies zugleich die Klage ab, weil die Rechtsanwälte und Notarien in den ältern Provinzen zur Aufnahme von Ehrerbietungsakten, wie vorliegend, nicht befugt seien. Die Motive in letzter Beziehung lauten wie folgt: „das Attribut einen Ehrerbietungsakt zur Einholung des Raths der Eltern zum Zwecke einer Ehe zu vollziehen, sei nicht an die Benennung: Notar geknüpft, dasselbe sei den rheinischen Notaren nur deshalb beigelegt, weil bei erfolgter hauptsächlicher Beschränkung der Gerichte auf die s. g. freiwillige Gerichtsbarkeit die Notare die Hauptrepräsentanten der nicht streitigen abgeben, dagegen beruhe in den ältern Provinzen der Inbegriff aller Gerichtsbarkeit grundsätzlich bei den Gerichten, und die Gerichtsbarkeit stehe den dortigen Notaren selbst in Absicht nicht eigentlich streitiger Angelegenheiten nur theilweise zu; es sei daher bei den letztern nach Spezialattribution zu fragen, dergleichen sich in Absicht ihrer um so weniger auf das Institut von Ehrerbietungsakten erstrecke, als dies Institut blos dem Rhein. Rechte eigenthümlich, dem Rechte der ältern Provinzen aber völlig unbekannt sei. Bei dieser Unbekanntschaft des letztern Rechts mit dem fraglichen Institut würde dasselbe im vorliegenden Falle seine Erledigung nur mittelst derjenigen Stelle haben erlangen können, bei welcher für den Wohnort der Opponentin überhaupt die Gerichtsbarkeit beruht, während das diesseitige Recht selbst für deren Verhalten keine Vorschriften ertheile. Der Notar v. Pöppinghausen sei um so weniger für befugt zu erachten, die Funktionen eines rhein. Notars an sich zu ziehen, als selbst die rhein. Notarien erst durch den Art. 151 ff. des B. G. B. ein besonderes gestelltes Attribut überkommen haben. Der Einspruch der W. v. Gloeden

Digitized by Google

bestehe daher so lange fort, als ihm nicht in gesetzlicher Weise begegnet sei, die Klage auf Aufhebung dieses Einspruchs müsse deshalb abgewiesen werden."

Gegen dieses Urtheil ergriffen die beiden Opposiiten die Berufung. Es wurde für sie ausgeführt: die Appellantin, als Großjährige, bedürfe nach §. 49 Titel 1 Thl. II des Allg. Preuß. Landrechts einer Einwilligung ihrer Mutter zur Ehe überhaupt nicht, die letztere sei daher zur Erhebung des Einspruchs ohne Qualität; — jedenfalls könnten aber auch die Ehrerbietungsakte von altländischen Notarien mit rechtlicher Wirkung aufgenommen werden, da die dortigen Notarien der Regel nach bei allen außergerichtlichen Rechtsgeschäften, die nicht ausdrücklich dem Gerichte vindizirt seien, befugt seien: einseitigen oder zweiseitigen Willenserklärungen öffentlichen Glauben zu geben. Ein anderer Weg als der eingeschlagene sei nicht möglich gewesen; eine Zustellung auf dem Parket des Oberprokurators widerspreche der Natur des Ehrerbietungsakts, ein Anrufen des altländischen Gerichts, auf welches der Richter a quo verweise, würde vergeblich gewesen sein, indem dieses Gericht eben denselben Grund des ersten Richters, daß das Institut der Ehrerbietungsakte dem dortigen Rechte unbekannt, und daß die Geschäfte eines Notars der Rheinprovinz nicht die Geschäfte eines altländischen Gerichts seien, würde entgegengesetzt haben.

Seitens der Appellatin wurde erwidert: abgesehen von der bestrittenen Frage: ob die Appellantin als großjährig zu erachten sei, habe nach §. 1000 Thl. 1 Tit. II des Landrechts allerdings auch die Mutter zur Ehe der großjährigen Tochter einzuwilligen, und die Appellantin nach Art. 151 154 des B. G. B. unter allen Umständen, Ehrerbietungsakte vorzulegen, wenn die verweigerte Einwilligung der Mutter als supplirt erachtet werden solle; — den geschehenen Insinuationen mangelten indeß die gesetzlichen Erfordernisse nach rheinischer und nach altländischer Gesetzgebung, theils weil den Notarien des Landrechts die Aufnahme solcher Akte nicht zugewiesen, und überhaupt nach der dortigen Rechtsverfassung nur auf Ertheilung des Consenses *geklagt* werden könne, theils weil dem Notar eine Spezial-Vollmacht gefehlt, die Akten von der Appellantin nicht unterzeichnet, die Antwort der Mutter in den beiden letzten Zustellungen nicht vermerkt, ihr *persönlich* nichts insinuirt worden, und nicht erhelle, daß

Digitized by Google

den Zeugen diese Akten vorgelesen worden seien. In letzterer Hinsicht wurde auf die §§. 6, 13, 14, 40, 41, 42 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 Bezug genommen. Von der Gegenseite wurde hierauf bemerkt, daß die Zustellung im Domizil der Mutter genüge, und folgerecht, wenn diese nicht zu Hause getroffen werde, eine Antwort nicht aufgenommen werden könne, daß ferner die bei der Zustellung zugezogenen Zeugen von dem Inhalte der Akten Kenntniß erlangt hätten und dem Gesetze genügt sei.

Die Ansicht des öffentl. Ministeriums war folgende: da die Appellatin nach ihrer Emancipation auf der linken Rheinseite wohnhaft geblieben sei und das Domizil der Mutter nicht getheilt habe, so könne in Bezug auf den Eheconsens im Materiellen von Anwendung des Landrechts nicht die Rede sein. Es komme daher auf die Gültigkeit der Ehrerbietungsakte an. Der Notar zu Wesel sei zu ihrer Insinuation befugt gewesen, da eine solche Constatirung außergerichtlicher Erklärungen der einen und der andern Partei ganz eigentlich das Geschäft auch der altländischen Notarien sei, welche letztern nicht ausnahmsweise auf einzelne speziell bezeichnete Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeschränkt seien, so daß alle übrigen Akten dieser Gerichtsbarkeit lediglich den Gerichten zugewiesen wären, vielmehr der Regel nach und sofern nicht besondere Ausnahmen den Gegenstand dem Gerichte vorbehielten, außergerichtliche Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte in authentischer Weise constatiren könnten, entsprechend dem Institute des deutschen Notariats überhaupt, welches die Gerichtsordnung vorgefunden und im Wesentlichen nicht verändert habe.*) Mehr als solche Constatirung sei auch bei den rhein. Ehrerbietungsakten nicht vorzunehmen, und dem Willen des B. G. B., welches die Person des Notars für die Zustellung dieser Akte auserwählte, sei gerade durch Zuziehung der entsprechenden Person im Altlande, des dortigen Notars, vollkommen entsprochen.

Indessen seien bei den vorliegenden Ehrerbietungsakten

*) Dieser Grundsatz sei auch u. A. in dem Gutachten des Ober-Tribunals vom 5. September 1849, Min. Bl. 1849, S. 420, entwickelt, und werde durch die verschiedenen nur exemplificativ sprechenden Stellen der A. G. O. (III. 7 §. 89. II. 1. §. 10 Nr. 6) bestätigt.

Digitized by Google

die gesetzlichen Erfordernisse nicht vorhanden. Zunächst die Vorschriften des Rhein. Gesetzbuchs. Nach Art. 151 des B. G. B. habe erstens das Kind einen Akt acte formel über sein ehrerbietiges Ansuchen an die Eltern aufnehmen zu lassen, und zweitens sei dieser Akt nach Art. 154 durch einen Akt des Notars zu notificiren. Diese beiden Akten könnten natürlich dann ohne Schwierigkeit zugleich in einem Akte verbunden werden, wenn das Kind in Person den notificirenden Notar begleite. Auch lasse sich denken, daß auf Grund einer Vollmacht des nicht persönlich anwesenden Kindes Ansuchen und Notification desselben durch einen und denselben Akt des Notars vorgenommen werde. Wenn nun hieraus eine Praxis sich gebildet habe, nur einen einzigen Akt durch den Notar aufnehmen zu lassen (vgl. Zachariae III §. 468 Note 15), so gehe dies doch nicht so weit und könne nicht so weit gehen: daß in dem einzigen, den Inhalt der Art. 151 u. 154 zusammenfassenden Akte der erste und nach dem Willen des Gesetzes sehr wesentliche Bestandtheil, nämlich das von dem Kinde ausgehende Ansuchen selber, gänzlich fehle. Der Ehrerbietungsakt werde grade unterlassen, sein Wesen werde verletzt: wenn ein Notar nicht ein von dem Kinde ausgehendes ehrerbietiges Ansuchen, welches dies Kind an seine Eltern richtet, dem letztern mittheilt, sondern wie vorliegend, auf ein nicht einmal zugleich zugestelltes Ersuchungsschreiben an ihn, von seiner Seite das ehrerbietige Ansuchen ausgehen läßt. Eine so leere Formalität, welche von den wechselseitigen Erklärungen beider Personen zueinander und von der Stellung des Kindes zu den Eltern gänzlich absehe, könne der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen. Hier sei nun ein Ansuchen der Appellatin selber nicht notificirt, ja es sei in den beiden letzten Akten sogar nur von einer Requisition Erwähnung gemacht. — Nach den Vorschriften des altländischen Rechts seien außerdem die beiden letztern Akten vom 5. September und 8. Oktober nicht als formalgültige Notariats-Urkunden zu betrachten, denn wenn auch die Zustellung des Akts an die Person im Falle ihrer Abwesenheit nicht nöthig sei (Zachariae l. c. Note 19), so müsse doch in Gemäßheit der §§. 13, 14 des Ges. vom 11. Juli 1845 über die Notariatsinstrumente im Bezirk der Allg. Gerichtsordnung das Protokoll über die Notifikation an eine dritte Person in deren Wohnung, nicht blos wie hier geschehen, von Notar und Zeu-

Digitized by Google

gen unterzeichnet, sondern auch atteſtirt ſein, daß die Verhandlung, ſo wie ſie niedergeſchrieben worden, ſtattgefunden, und daß ſie in Gegenwart des Notars und der Zeugen vorgeleſen worden. Die Conſtatirung dieſer Vorleſung könne auch in dem Falle nicht unterbleiben, wo der Betheiligte nicht perſönlich angetroffen worden und das Protokoll nicht mit genehmigen könne; denn es fehle ſonſt an der für die Kraft einer Notariats-Urkunde durch §. 13, 42 cit. erforderten Conſtatirung: daß den Zeugen von dem Inhalte des durch ſie unterſchriebenen Protokolls vollſtändige Kenntniß gegeben worden ſei. Hiernach wurde von dem Oeffentl. Miniſt. auf Verwerfung der Berufung angetragen.

Der Appell. G. H. erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß die am 25. Juni 1828 geborne und am 19. Januar 1844 emancipirte Appellantin v. Gloeden ihr bisheriges Domicil behielt, als ihre Mutter, die Appellatin, ihren Wohnſitz nach Weſel verlegte;

Daß die geſetzlichen Erforderniſſe zum Abſchluß einer Ehe nach den Geſetzen, welchen die Brautleute perſönlich unterworfen ſind, beurtheilt werden müſſen, im vorliegenden Falle alſo nach dem bürgerlichen Geſetzbuche und nicht nach den Geſetzen, unter welchen die Appellatin, Mutter der Appellantin v. Gloeden, gegenwärtig lebt, daß alſo nicht die Einwilligung der Mutter, ſondern nur ihr Beirath nachgeſucht zu werden brauchte, und hiernach die Einrede mangelnder Qualifikation ſich erledigt;

J. E., daß der Art. 151 des B. G. B. in Verbindung mit dem Art. 154 nach der Faſſung, einmal einen von dem Kinde ausgehenden ehrerbietigen und formellen Akt, wodurch es ſich den Rath ſeiner Eltern zu ſeiner beabſichtigten Verheirathung erbittet, unterſtellt, welcher Akt durch zwei Notarien, resp. einen Notar und zwei Zeugen, den betreffenden Eltern notifizirt werden ſolle;

Daß, wenn man auch annimmt, daß dieſe beiden Requiſite in einem und demſelben Akte verbunden werden können, doch immer erfordert iſt, daß wenn das Kind bei dem Akte des Notars nicht gegenwärtig iſt, und in deſſen Beiſein ſeine Bitte den Eltern vorträgt, doch nothwendig da, wo etwa wegen Entfernung oder aus ſonſtigen Hinderniſſen,

Digitized by Google

das Kind sich schriftlich an seine Eltern gewandt, und zur Notifikation des Schreibens einen Notar beauftragt hat, jedenfalls das Schreiben selbst dem Notarialakte beigefügt werden muß, um später den Richter in Stand zu setzen zu beurtheilen, ob dasselbe wirklich in ehrerbietigen, dem Sinne des Art. 151 entsprechenden Ausdrücken abgefaßt sei; daß dies bei den im Art. 152 vorgesehenen Wiederholungen der Akte ebenfalls maßgebend sein muß;

Daß es aber in den vorliegenden Notarial-Akten vom 1. August, 5. September und 8. Oktober d. J. an diesem gebricht, da das angebliche Schreiben der Appellantin an den Notar nicht beigefügt worden und daher auch nicht ersichtlich ist, in welcher Weise die Appellantin sich an ihre Mutter gewendet, in welchen Ausdrücken dies geschehen und der Auftrag an den instrumentirenden Notar ergangen ist; daß bei den beiden letzten Akten weder eines Schreibens noch einer Vollmacht Erwähnung geschieht;

Daß daher diese sämmtlichen Akten den Verfügungen der bezogenen Artikel nicht entsprechen;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Appell. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 31. Oktober d. J. eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 5. Dezember 1849.

Adv.: Borchardt — Thesmar.

Falliment. — Concordat. — Homologation.

Die Befugniß des Handelsgerichts, dem Concordate gegen welches Einspruch nicht erhoben worden, von Amtswegen die Bestätigung zu versagen, ist auf die Fälle des schlechten Benehmens und des Betruges beschränkt.

Art. 526 des H. G. B.

Frank — Falliment Frank-Koenen.

Am 7. Dezember 1849 schloß Frank mit seinen Creditoren ein Concordat zu 20%; eine Opposition ist dagegen von keiner Seite erhoben worden, aber das Handelsgericht zu

Digitized by Google

Köln hat daſſelbe aus dem Grunde vernichtet, weil das Gericht auf Grund eines an den Richter-Commiſſar Seitens eines der zuſtimmenden Creditoren gerichteten Briefes vom 3. Dezember 1849 annahm, daß dieſem Creditor Extra-Prozente durch einen angeblichen Mandatar des Falliten verſprochen worden; in der That und Wirklichkeit alſo keine $^3/_4$ der Paſſiva repräſentirende Majorität der Gläubiger als conſentirend zu dem Nachlaſſe von 80% vorhanden geweſen.

Zur Rechtfertigung der gegen dies Erkenntniß eingelegten Berufung wurde ausgeführt:

1. Das Handelsgericht habe ſeine Befugniß verkannt und überſchritten; wie ſich aus Art. 524 und 526 des H. G. B. ergebe, könne daſſelbe von Amtswegen dem Concordate die Beſtätigung nur im Falle des Banquerotts oder ſchlechten Benehmens Seitens der Falliten verſagen; die Wahrung der für das Concordat vorgeſchriebenen Förmlichkeiten, welche nur im Privat-Intereſſe der Creditoren vorgeſehen ſeien, hätten nach dem Geſetze Art. 519 ff. loc. cit. nur dieſe und zwar im Wege der ihnen geſtatteten Oppoſition in's Werk zu ſtellen. — Da vorliegend eine ſolche Oppoſition von keiner Seite erfolgt, ſo hätte das Gericht die Homologation vollziehen müſſen;

Das Concordat ſei zudem formell durchaus gültig abgeſchloſſen, wie der erſte Richter ſelbſt nicht verkenne, derſelbe erlaube ſich jedoch eine Unterſuchung derjenigen Motive, welche die conſentirenden Creditoren zu ihrem Beitritte bewogen hätten — eine Inquiſition, die dem Handelsgerichte nirgend verſtattet ſei.

(cf. Urth. des Pariſer Caſſ.-Hofes vom 25. Febr. 1817 [Sirey 17. 1. 193.] Locré Gutachten bei dieſem Urtheile abgedruckt. Broicher und Grimm zu Art. 519 und 526 des H. G. B.)

2. Könne der Eingangs erwähnte Brief an den Richter-Commiſſar den Falliten, dem er durchaus fremd ſei, nicht präjudiciren, und ſollte er auch ſeinen Inhalt gegen den Appellanten beweiſen, ſo ſei darin doch nur das Verſprechen eines angeblichen Mandatars gedacht, was den Frank-Koenen, von dem es nicht conſtire, daß er dazu Auftrag gegeben, nicht binden könne.

3. Sei eventuell dem Appellanten ein neuer Concordats-Termin zu geſtatten. Pardeſſus N°. 1242.

Digitized by Google

Der App.-Hof erkannte:

J. E., daß das Handelsgericht nach Art. 526 des H. G. B. wegen schlechten Benehmens oder Betruges die Bestätigung des Concordates versagen kann, aus der Zusammenstellung dieser Bestimmung mit den Verfügungen der Art. 521 und 523 ibid. aber die Absicht des Gesetzes nicht zu verkennen ist, die dem Handelsgerichte im Interesse der öffentlichen Ordnung beigelegte Befugniß auf die im Art. 526 ausgedrückten Fälle zu beschränken und im Uebrigen es zu einer ausschließlichen Angelegenheit der Gläubiger zu machen, einem nach Art. 519 rechtzeitig aber sonst nicht regelmäßig zu Stande gekommenen Concordate auf dem im Art. 523 vorgezeichneten Wege zu widersprechen und dessen Wirksamkeit zu verhindern; daß daher das Kgl. Handelsgericht, indem es aus dem in dem angegriffenen Urtheile angeführten Grunde dem am 7. Dezember v. J. geschlossenen Concordate die Bestätigung versagte, sich von dem ihm gesetzlich angewiesenen Standpunkte entfernt und eine Entscheidung von Amtswegen erlassen hat, welche nur auf Anrufen einer dem Concordate widersprechenden Partei ergehen durfte und welche daher nicht aufrecht gehalten werden kann.

Aus diesen Gründen

bestätigt der Kgl. Rh. A. G. H. unter Aufhebung des Urtheiles des Kgl. Handelsgerichts zu Köln vom 7. Januar c. und an dessen Statt erkennend, das am 7. Dezember v. J. zwischen dem Falliten und den Gläubigern desselben geschlossene Concordat, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 21. Febr. 1850.

Advokaten: Wallraf — Herbertz.

Falliment. — Concordat. — Nebenversprechen. — Einspruch.

Ein Concordat ist in Beziehung auf den gegen dasselbe opponirenden Gläubiger unverbindlich, wenn andere Gläubiger, durch deren Einwilligung die gesetzlich erforderliche Majorität erlangt wurde, heimlich Nebenvortheile (z. B.

Digitized by Google

höhere Procente) für ihre Zustimmung zum Concordate zugesichert erhalten haben.

Hierbei ist es gleichgültig, ob das Nebenversprechen von dem Falliten selbst oder von einem Dritten, mit oder ohne Wissen des Falliten, geleistet worden ist.

Koch — Syndik des Falliments Kux, und Flemming und Jansen.

Max Flemming, Kaufmann zu Geilenkirchen, und Gerhard Jansen, Kaufmann zu Hünshoven, Inhaber der an letzterm Ort unter der Firma „Joseph Kux" bestandenen Handlung fallirten. Es wurden 34 Forderungen im Gesammtbetrage von 42,561 Thlr. für verificirt erklärt. Die Falliten schlugen ihren Gläubigern ein Concordat vor. In der ersten dazu abgehaltenen Versammlung der Gläubiger vom 15ten August 1849 boten die Falliten 25%, ohne daß sich ein Beitritt der Gläubiger für $^3/_4$ des gesammten Passivums ergab. Es wurde deshalb ein zweiter Concordatstermin auf den 22. August 1849 anberaumt, und der Advokat Veling zu Aachen bot Namens der Falliten 30%. Nunmehr wurde von 24 Gläubigern mit Forderungen im Betrage von 32,647 Thaler der Beitritt zum Concordat erklärt und solches abgeschlossen. Durch Urtheil vom 30. August 1849 ertheilte das Handelsgericht zu Aachen diesem Concordate die Homologation. Am nämlichen Tage opponirte die Handlung G. H. Koch gegen das Concordat, theils weil die Falliten excessive Haushaltungsschulden gemacht, und die Geschäfte leichtsinnig, die Bücher unregelmäßig geführt hätten, theils weil einzelnen Gläubigern größere Vortheile als die im Concordat stipulirten Procente zugesagt und auf diese Weise das Concordat arglistig erschlichen worden sei. Das Handelsgericht erklärte durch Urtheil vom 12. September 1849 die Opposition der Handlung Koch zwar noch für zulässig, verwarf dieselbe aber als unbegründet. Hiervon appellirte die Handlung Koch und führte zur Begründung des Rechtsmittels wiederholt an, daß das Concordat vom 22. August dolose erschlichen worden sei. Es wären nämlich Mehrprocente versprochen worden; dem A. Schaaffhausenschen Bankvereine zu Köln für dessen Forderung von 19354 Thlr., dem Joh. H. Jansen zu Köln für dessen Forderung von 1930 Thlr., dem Carl Brüninghausen

Digitized by Google

zu Cöln für deſſen Forderung von 2262 Thlr.; würden die Forderungen dieſer 3 Gläubiger im Betrage von 23547 Thlr. von dem Betrage der Forderungen, die zum Abſchluſſe des Concordats erforderlich geweſen, in Abzug gebracht, ſo ſei die vom Geſetze vorgeſchriebene Majorität der Summen bei weitem nicht vorhanden geweſen. Als Beleg für dieſe Behauptung wurde Seitens der appellantiſchen Handlung ein am 22. Auguſt 1849 von L. H. Neumann in Aachen ausgeſtelltes und durch den Advokaten Veling daſelbſt verbürgtes Billet vorgelegt, worin gegenüber den Gläubigern Janſen und Brüninghauſen, welche für das Concordat geſtimmt hatten (ſowie auch gegenüber Jacob Hoenes jun. in Kreuznach, der für ſeine Forderung von 2075 Thlr. dem Concordate nicht beigetreten war), von den Ausſtellern erklärt wurde, daß, da die vorgenannten Gläubiger dem Concordate vom 22. Auguſt beigetreten ſeien, ſie, die Ausſteller ſich verpflichteten, jenen Gläubigern außer den concordatsmäßigen 30 % für ihre Forderung noch ferner 5% im Zeitraum eines Jahrs auszubezahlen — ungeachtet genannte Gläubiger in einen Nachlaß von 70 % ihrer Forderungen eingewilligt haben. Außerdem erbot die Appellantin einen im Antrage näher artikulirten Schriften- und Zeugenbeweis über die Behauptung, daß mehrere und insbeſondere die obengedachten Gläubiger auf ihre Weigerung dem Concordate beizutreten, in Folge von Unterhandlungen, welche der als Mandatar der Falliten aufgetretene Advokat Veling betrieben habe, heimliche Verſprechungen und Verſchreibungen von Mehrprocenten mit Wiſſen und Willen des Veling und ſelbſt gegen deſſen Uebernahme ſeiner perſönlichen Bürgſchaft erhalten hätten, und daß erſt hierdurch die zum Abſchluſſe des Concordats erforderliche Majorität erlangt worden ſei.

Von Seiten der Appellaten, Falliten Flemming und Janſen, wurden die Aufſtellungen der Appellantin in facto et jure beſtritten, und namentlich auszuführen geſucht, daß wenn Neumann resp. Veling aus freundſchaftlichen Rückſichten nach Abſchluß des Concordats und ſelbſt vor Abſchluß deſſelben einzelnen Gläubigern des Falliments Mehrprocente zugeſichert haben ſollte, dies den Falliten, welche davon keine Kenntniß gehabt und noch weniger dazu die Zahlungsmittel hergegeben oder verheißen hätten, unmöglich präjudiziren könne. Sie erboten ſich eidlich zu erhärten, daß der Schein

Digitized by Google

vom 22. August 1849 sowie der darin verbriefte Vertrag ohne ihr Wissen und ohne ihren Auftrag zu Stande gekommen, daß sie namentlich gegen ihre darin benannten Gläubiger keinerlei Verbindlichkeit übernommen, die darin stipulirten Mehrprocente zu zahlen, noch gegen die Unterzeichner Neumann und Veling, diesen zu vergüten, was diese allenfalls an die genannten Gläubiger zahlen sollten; sie stellten ferner ein Versprechen zu Gunsten des A. Schaaffhausenschen Bankvereins in Abrede, und begehrten zum Zeugenbeweise darüber belassen zu werden, daß der Schein und die Uebereinkunft vom 22. August 1849 ohne Wissen, ja wider Willen des Mandatars von Jansen, Veling zu Stande kam, sowie daß Veling bei Unterzeichnung der Bürgschaft erklärt habe, daß er nur unterzeichne, weil er nicht wolle, daß Neumann seinetwegen Schaden leide, daß er die Bürgschaft aber aus seiner eigenen Tasche bezahlen werde.

Für die Appellantin wurde der Antrag gestellt, den Einspruch wider das am 22. August 1849 abgeschlossene Concordat als begründet zu erklären, dem zufolge dieses Concordat als ungültig und insbesondere für die Appellatin als nicht verbindlich zu erklären, die inmittelst erfolgte Homologation dieses Concordats durch das Handelsgericht zu Aachen mit Allem was darauf gefolgt, aufzuheben event. die artikulirten Beweise zuzulassen.

Die Appellaten, und zwar der Syndik des Falliments Kux sowie die Falliten Flemming und Jansen beantragten die Verwerfung der Berufung, event. trugen die Letztern auf Zulassung des angebotenen Eides und der von ihnen artikulirten Beweise an.

Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, durch die Verhandlungen sei es bereits hinlänglich erwiesen, daß mehrere Gläubiger, durch deren Einwilligung das Concordat erst zum Abschluß gekommen, für Mehrprocente Schuldscheine und Sicherheit erhalten hätten, daß also der nach Angabe des Concordats bewilligte Nachlaß von 70% in der Wirklichkeit nicht von der zum Concordat erforderlichen Majorität bewilligt worden sei, daß folglich die Erfordernisse und Bedingungen fehlten, an welche das Gesetz den Zwang aller Gläubiger, sich dem Concordate zu unterwerfen, und die Existenz und Gültigkeit des Concordates knüpfe. Wo im Wege der in gesetzlicher Frist eingelegten Opposition nachgewiesen sei,

daß die entscheidende Majorität nicht wirklich, sondern theilweise nur simulirt (weil heimlich unter besonderm Nebenversprechen) zu 70% consentirt habe, müsse von dem Richter anerkannt werden, daß das Concordat zu 70% selber nur scheinbar und nicht rechtsgültig vorhanden sei. Deshalb sei es auch gleichgültig, ob der Fallit selbst oder ob ein Dritter mit oder ohne Wissen des Falliten die Nebenversprechen gegeben und den scheinbaren Nachlaßvertrag herbeigeführt habe. Der Nachlaßvertrag, gegen welchen die Opposition nachgewiesen, daß er reell nicht bestehe, könne auch die Wirkungen nicht äußern, welche die Art. 519, 524 des H. G. B. dem wirklichen Concordate beilegen.

Das öffentl. Ministerium trug an: das Urtheil des Handelsgerichts zu Aachen zu reformiren und nach dem Principalantrag des Appellanten das Concordat vom 22. August überhaupt (nicht unter der Einschränkung: in Beziehung auf den Appellanten) für ungültig zu erklären.

In letzter Beziehung ging das öffentl. Ministerium von der Ansicht aus, daß der opponirende Gläubiger zwar zur Wahrung seiner eigenen Rechte handele, auch keine Qualität habe, die Gesammtheit der übrigen Gläubiger zu vertreten; allein die Opposition in Gemäßheit des Art. 523 des H. G. B. sei im Sinne des Gesetzes gegen das Bestehen des Concordats überhaupt, gegen den Falliten sowie auch gegen die Gesammtheit der übrigen Gläubiger gerichtet. Der Art. 523 finde sich in der Mitte derjenigen Artikel, welche in einem zusammenhängenden Verfahren den Weg angeben, auf welchem das Concordat zur endlichen Homologation und zur rechtlichen Wirksamkeit gelange; dem Gesetze unterliege sonach der Gedanke, daß wenn ein solcher Einspruch durchdringe, Homologation und Wirksamkeit nicht erfolgen solle. Dies werde noch näher durch den Art. 524 bestätigt, laut welchem die Homologation erst binnen 8 Tagen nach dem Urtheil über die Opposition stattfinden soll, ein Beweis, daß von dem Schicksal der in gesetzlicher Frist eingelegten Opposition die Bestätigung des Concordats abhängig gemacht werde. Darum sei denn auch nach Art. 523 diese Opposition, nicht blos gegen den Falliten, sondern auch gegen die Syndiken, die Vertreter der Gesammtheit aller übrigen Gläubiger, zu richten; das Gesetz habe dem Opponenten nicht zumuthen können, alle einzelnen Gläubiger in den Oppositionsprozeß

Digitized by Google

zu ziehen, darum auch hier die Vertretung derselben durch die Syndiken; das Urtheil gegen Falliten und Syndiken solle im Sinne des Gesetzes als ein das ganze Falliment für Alle regulirendes Urtheil gelten. Auch würden die Rechte des einzelnen Opponenten übel gewahrt sein, wenn er durch seinen Einspruch nur dahin gelange, daß die Ungültigkeit des Concordats nur in Beziehung auf ihn ausgesprochen werde; durch die Verwicklung, in welche dadurch die Sache versetzt werde, indem die Syndiken blos in Bezug auf ihn fortbeständen, und er gegen alle einzelnen übrigen Gläubiger procediren müßte, um sich aus den von ihnen concordatsmäßig in Besitz genommenen Vermögensstücken des Fallit ten zu befriedigen, durch ein relatives Fortbestehen und Nichtfortbestehen der Syndiken und des Falliments, wofür es an allen Formen und Rechtsbestimmungen fehle, würde er, wenngleich obsiegender Theil, in die schlimmste Stellung versetzt, die das Gesetz nicht beabsichtigt haben könne. Das Gesetz habe die Opposition nach Art. 523, 524 wie einen Incidentpunkt und wie eine Vorfrage zur Möglichkeit der Homologation des Concordats überhaupt, nicht wie einen besondern Proceß über die Rechte Einzelner behandelt. Es werde dabei implicite über Fortbestehn oder nicht Fortbestehn des Falliments gestritten, welches eine untheilbare Einheit für Alle darstelle, so daß nicht weiter in Frage gestellt werden könne: ob etwa die übrigen Gläubiger den Nachlaß von 70 % gelten lassen wollten, und ob Opponent sie daran zu hindern berechtigt sei. Diese Frage falle mit dem Fortbestehen des Fallimentsverfahrens hinweg. Hiernach sei der Gegenstand der Entscheidung über den Einspruch nicht die Gültigkeit des Concordats in Bezug auf den Opponenten, sondern lediglich die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Concordats (überhaupt) und letztere müsse einfach ausgesprochen werden, wenn der Einspruch begründet sei *).

*) S. gegen diese Ansicht Broicher und Grimm Handelsgesetzbuch zu Art. 523 Note 6 und das oben mitgetheilte Erkenntniß des Appellationsgerichtshofs.

Im Systeme der oben entwickelten Ansicht hat das neue franz. Fallimentsgesetz die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen: si l'opposition est admise, l'annullation du concordat sera prononcée à l'egard de tous les intéressés. (Nouv. C. de comm. a. 513.)

Digitized by Google

Urtheil:

J. E. daß dem vorliegenden Concordate, nachdem der erste Versuch zu einem solchen im Termine vom 15. August d. J. gescheitert war, die Majorität der Fallimentsgläubiger für ihre Forderungen von 32,647 Thlr. 12 Sgr. 11 Pf., welche die gesetzlich erforderlichen drei Viertel der zum Passivstatus admittirten Gesammtsumme um 726 Thlr. 21 Sgr. 11 Pf. übersteigen, beigetreten ist;

Daß Appellantin, welche dem Concordate die Zustimmung verweigert hat, ihre in Gemäßheit des Art. 523 des H. G. B. erhobene Opposition durch die Behauptung zu rechtfertigen sucht, daß mehrern Gläubigern nach vorheriger Weigerung zum Beitritt späterhin für ihre Zustimmung zum voraus höhere als die concordatsmäßigen Prozente namentlich durch den Mandatar der Falliten, Advokaten Veling, zugesichert, und hierdurch die gesetzlich erforderlichen 3/4 der admittirten Forderungen erreicht worden seien;

J. E. daß das Gesetz, wenn es von einem allgemeinen Rechtsgrundsatze abweichend, bei einem Concordate die dissentirenden Creditoren dem Beschlusse der für 3/4 der Gesammtsumme beitretenden Majorität unterwirft, das gemeinsame Interesse Aller gegen den Widerspruch Einzelner schützen wollte, dergestalt jedoch, daß der Minorität, welche ohne oder wider ihren Willen zu einem Nachlasse gezwungen wird, mit der gleichen Verpflichtung jedenfalls auch gleiche Vortheile wie allen übrigen Creditoren zukommen sollten, daß es daher der Mehrheit oder den einzelnen Gläubigern, ohne deren Beitritt die Majorität resp. die erforderliche Summe nicht erreicht würde, nicht gestattet sein kann, für ihre Zustimmung zu dem Concordate sich heimlich Mehrprozente zu sichern und so gegen das gemeinsame Interesse ihr Recht mißbrauchend die Minorität ungünstigern Bedingungen zu unterwerfen als sie selbst in der Wirklichkeit einzugehen für gut fanden;

Daß vielmehr bei einem solchen dolosen Verfahren der widersprechende Creditor befugt erachtet werden muß, einem Concordate sich zu widersetzen, welches durch Stipulation einer höhern Vergleichssumme, als darin angegeben und ihm zu zahlen ist, herbeigeführt wurde;

Daß es auch für die Ausübung dieses Rechts gleichgültig ist, ob der Fallit selbst oder ein Dritter die zusätzlichen Prozente zur Erzielung des Concordats versprochen hat, da

Digitized by Google

gerade der dolus der Creditoren demſelben die verbindliche Kraft für die mitkontrahirende und widerſprechende Minorität benimmt;

Daß in casu durch die von der Appellantin produzirte Beſcheinigung nachgewieſen, appellatiſcher Seits auch nicht beſtritten iſt, daß der Ausſteller unter Verbürgung des Vertreters der Falliten, Advokaten Veling, am Tage des Concordats gegen die Gläubiger Janſen, Brüninghauſen und Hoenes ſich verpflichtete, außer den concordatmäßigen 30 % „einem jeden derſelben für ſeine reſpektive Forderung fünf vom Hundert in Zeitraum von einem Jahre — auszubezahlen ungeachtet dieſelben in einen Nachlaß von 70 % ihrer Forderungen eingewilligt haben;"

Daß als Grund dieſer Verpflichtung in der Beſcheinigung ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die genannten Gläubiger „dem abgeſchloſſenen gerichtlichen Concordate zu 30 % für ihre Forderungen beigetreten ſind;"

Daß daher die Annahme, daß die Zuſicherung der Mehrprozente vor Abſchluß des Concordats und als Bedingung des Beitritts zu demſelben erfolgte, um ſo mehr begründet iſt, als dieſer Beitritt früher verweigert worden war, und für Neumann und Veling keine Veranlaſſung vorlag, nach Abſchluß des Vertrages ohne vorherige Verabredung gegen jene ihnen fremde Creditoren ſich zu einer reinen Liberalität zu verpflichten;

Daß die Forderungen, für welche dieſe Gläubiger dem Concordate beigetreten ſind, zuſammen 6268 Thlr. 28 Sgr. 4 Pf. betragen, ſo daß ohne deren durch unerlaubte Mittel bewirkten Beitritt die zum Abſchluß des Concordats erforderliche Summe nicht repräſentirt iſt, daß dieſemnach die Oppoſition auch ohne das fernere Beweis-Erbieten der Appellantin als gerechtfertigt anzuſehen iſt, wogegen der Umſtand, daß die fragliche Zuſicherung angeblich ohne Wiſſen und Willen der Falliten erfolgt ſein ſoll und überhaupt keine Verbindlichkeit in dieſer Beziehung gegen ſie beſtehe, nach dem bereits Ausgeführten die Rechte der Appellantin nicht beeinträchtigen und das Concordat für dieſelbe nicht verbindlich machen kann, der desfalls erbotene Eid daher, abgeſehen von ſeiner Unzuläſſigkeit, ebenſo wie der Zeugenbeweis unerheblich erſcheint;

Digitized by Google

Daß dagegen Appellantin zu den ferner von ihr genommenen Anträgen, dies Concordat und Alles darauf Erfolgte überhaupt für ungültig zu erklären resp. aufzuheben, nicht berechtigt ist, da sie nur ihr eigenes Interesse und nicht das der Gesammtheit zu vertreten hat;

Aus diesen Gründen

erklärt der Rh. A. G. H., unter Reformation des Urtheils des Handelsgerichts zu Aachen vom 13. September 1849 und unter Beseitigung der Subsidiar- und aller übrigen Anträge der Parteien, das am 22. August 1849 mit den Inhabern der Handlung unter der Firma „Joseph Kur" abgeschlossene und gerichtlich homologirte Concordat für die Appellantin unverbindlich, verurtheilt die Appellaten in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 31. December 1849.

Advokaten: Seligmann — v. Hontheim.

Curator eines vacanten Nachlasses. — Gläubiger. — Actio Pauliana. — Simulation. — Zeugenbeweis.

Der Curator eines vakanten Nachlasses ist der provisorische Vertreter des Verstorbenen in Bezug auf dessen hinterlassenes Vermögen; er kann daher einen von demselben mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrag als simulirt nur unter den Bedingungen anfechten, unter welchen der Verstorbene selbst dieß würde haben thun können.

Der Gläubiger kann ein von seinem Schuldner abgeschlossenes Rechtsgeschäft auf Grund des Art. 1167 B. G. B. nur dann anfechten, wenn seine Forderung jünger ist, als das letztere. — Auf den Grund des Art. 1166 ibid. kann er nur diejenigen Einreden geltend machen, welche dem Schuldner selbst zugestanden haben würden; er ist dabei mithin auch in Betreff der Zulässigkeit der Beweismittel denselben Beschränkungen unterworfen, wie dieser.

Digitized by Google

Unter den Contrahenten kann die Behauptung der Simulation eines schriftlich abgeschlossenen Geschäfts durch Zeugen nicht erwiesen werden.

Keller — Goldmann.

Die Eheleute Keller zu Kreuznach verkauften durch Act vom 10. Januar 1822 ihrem Neffen Philipp Goldmann daselbst ihr Wohnhaus für 277 Thlr. 18 Sgr. 8 Pf. (500 Gulden) und eine Menge näher bezeichneter Mobilien für 111 Thlr. 2 Sgr. 8 Pf. (200 Gulden). Der Act, in welchem gleichzeitig über die geleistete Zahlung des Kaufpreises quittirt wurde, enthielt die Bestimmung hinsichtlich des Wohnhauses, daß die Verkäufer bis zu ihrem Ableben und zwar ohne Verpflichtung zu einer Miethzahlung im Besitze und Genusse desselben verbleiben, und hinsichtlich der Mobilien, daß sie für deren fernern Genuß eine jährliche Miethe von 7 Thlr. 21 Sgr. zahlen sollten. Nachdem beide Eheleute Keller im Jahre 1844 und resp. 1848 kinderlos verstorben waren, wurde unter dem 18. Juli 1849 ihr Nachlaß für vakant erklärt und der Stadtrath Eberts zu Kreuznach zum Curator desselben ernannt. Bei der Inventarisation des Nachlasses erhob der erwähnte Goldmann auf Grund jenes Kaufactes Eigenthums-Ansprüche sowohl auf das Haus als auf die Mobilien, denen jedoch der Curator, sowie mehrere im Prozeß intervenirende Gläubiger der Eheleute Keller die Einrede der Simulation des fraglichen Actes entgegensetzten, welche sie durch eine Reihe von eventualiter zu beweisenden Thatsachen zu begründen versuchten. Der Kläger Goldmann erwiderte hierauf, der Curator sei der Repräsentant der Mitcontrahenten Eheleute Keller und daher zu der erhobenen Einrede so wenig berechtigt, als diese es wären, wenn sie noch am Leben wären; die intervenirenden Gläubiger könnten ihre Rechte nur entweder auf Grund des Art. 1166 oder des Art. 1167 B. G. B. geltend machen; im erstern Falle machten sie ihre Rechte nur Namens ihres Schuldners geltend, befänden sich mithin in derselben Lage, wie der Curator; in eigenem Namen aber und auf Grund des Art. 1167 könnten sie gegen jenen Act nicht angehen, weil — was in facto unbestritten war — ihre Forderungen sämmtlich jünger seien, als jener Act, mithin dieser nicht in fraudem ihrer Rechte habe gethätigt werden können.

Digitized by Google

Das Kgl. Landgericht zu Coblenz erkannte durch Urtheil vom 31. Januar 1850 über diese Streitfragen, wie folgt:

In E. daß nach unzweifelhaften Rechtsgrundsätzen die contrahirenden Parteien selbst zur Anfechtung eines Vertrages als simulirt befugt sind, da Verträge nur durch Aeußerungen eines wirklichen Willens und nicht durch bloße gesprochene oder geschriebene Worte zu Stande kommen;

Daß jedoch unter den Parteien der Beweis der Simulation einem schriftlichen Acte gegenüber, abgesehen von dem Falle eines gleichzeitigen Dolus, gemäß Art. 1341 B. G. B. außer den gesetzlichen Ausnahmefällen nur durch Schriften, nicht aber durch Zeugen und Vermuthungen geführt werden kann, da es in der Macht der Parteien stand, über ihre wirkliche Absicht durch Gegenscheine sich einen Schriftenbeweis zu verschaffen;

Daß nach Art. 813 B. G. B. der Curator einer vakanten Nachlassenschaft die Rechte dieser Nachlassenschaft ausübt und vertritt, und im Prozesse der Gläubiger gegen dieselbe die Stelle des Verklagten einnimmt, derselbe demnach als Repräsentant des Nachlasses und somit auch des Erblassers in Ansehung dessen übertragbarer Vermögensrechte und Pflichten erscheint und der Rechtsfiction nach in dieser Eigenschaft mit diesem Erblasser eine Person bildet;

Daß folglich Verklagter Eberts als Curator des vakanten Nachlasses der Eheleute Moyses Keller den Beweis der Simulation des von dem Kläger angerufenen, zwischen ihm und den Eheleuten Keller abgeschlossenen Kaufacts vom 10. Januar 1822, wenn er nicht durch den Act selbst zu führen, nur durch andere Schriften, nicht aber durch Zeugen und Vermuthungen führen darf;

Daß auf der andern Seite der Curator einer erbloſen Verlassenschaft zwar wohl den Gläubigern desselben für seine Verwaltung verantwortlich ist, doch, wie sich aus dem citirten Artikel und der Natur der Sache ergiebt, die Gläubiger dieser Verlassenschaft nicht von der Geltendmachung ihrer Ansprüche bezüglich derselben auf Grund der Art. 1166 u. 1167 B. G. B. ausschließt, demnach die gegenwärtigen Intervenienten als unbestrittene Gläubiger des fraglichen Nachlasses zur Intervention in den zwischen dessen Curator und dem Kläger obschwebenden Rechtsstreit befugt zu erklären sind;

Digitized by Google

J. E. auf die Begründung dieser Intervention, daß den Gläubigern einer Person ein doppelter Weg offen steht, um einen von ihrem Schuldner abgeschlossenen Vertrag anzufechten: 1) auf Grund des Art. 1166 B. G. B. durch Geltendmachung derjenigen Rechte, welche der Schuldner selbst gegen denselben geltend zu machen befugt wäre, und welche sie zwar zu ihrem eigenen Vortheile, jedoch nur Namens des Schuldners ausüben, und 2) auf Grund des Art. 1167 B. G. B. unter Berufung auf ihre eigenen Rechte zur Vernichtung der Rechtsacte, welche zu ihrem Betruge von dem Schuldner gethätigt worden sind;

Daß der zweite Weg voraussetzt, daß die Gläubiger zur Zeit des Abschlusses des von ihnen als fraudulös angegriffenen Vertrages schon Gläubiger des Schuldners waren, oder doch, daß dieser Vertrag mit Rücksicht auf die mit diesen oder mit allen Gläubigern projectirten oder einzugehenden Rechtsverhältnisse abgeschlossen worden ist, weil sonst zu dem Betruge das nothwendige Moment der Absicht fehlt;

Daß diese faktischen Momente in gegenwärtigem Falle durchaus fehlen u. s. w.

Daß unter diesen Umständen — — — die Gläubiger — — — nur auf dem Wege des Art. 1166 B. G. B. vorangehen können;

Daß aber selbstredend in diesem Falle, da sie nur an die Stelle ihres Schuldners treten, sie auch nur diejenigen Rechte haben, welche dem Schuldner selbst gegen jenen Vertrag zustanden, und ihnen alle diejenigen Einreden entgegenstehen, welche dem Schuldner selbst entgegengestanden hätten;

Daß sie demzufolge den Beweis der von ihnen behaupteten Simulation des Vertrages, wie der Schuldner selbst, nur durch Schriften, nicht aber durch Zeugen und Vermuthungen führen können;

Daß demnach die von dem Verklagten und den Intervenienten aufgestellten Thatsachen, als nur Vermuthungen enthaltend, hier irrelevant und zudem deren Beweis durch Zeugen unzulässig ist, es demnach einzig auf den Inhalt des mehrerwähnten Vertrages ankommen kann; u. s. w.

Aus diesen Gründen

wird dann die Vindikationsklage im Prinzip für begründet

Digitized by Google

erklärt und nur in Bezug auf die Mobilien, deren Identität bestritten war, ein näheres Beweisverfahren angeordnet.

Auf die gegen dieses Urtheil Seitens des Curators sowohl als der ursprünglichen Intervenienten eingelegte Berufung erkannte der A. G. H. nach dem Antrage des Oeffentl. Minist. die von dem ersten Richter aufgestellten Grundsätze für richtig an, gab aber vor definitiver Entscheidung dem Appellaten auf, den ihm von den Appellanten subsidiarisch zugeschobenen Entscheidungs-Eid über die wirkliche Absicht der Contrahenten beim Abschluß jenes Vertrages auszuschwören.

Urtheil:

In E., daß der Art. 813 des B. G. B. dem Curator eines vakannten Nachlasses die Befugniß einräumt, die in dem Nachlasse vorhandenen Rechte gerichtlich zu verfolgen, und den Nachlaß gegen die Ansprüche Dritter vor Gericht zu vertreten;

Daß hiernach unzweifelhaft der Curator als der provisorische Vertreter des Verstorbenen in Beziehung auf das von demselben hinterlassene Vermögen angesehen werden muß, und deshalb auch der erste Richter den Mitappellanten Ebertz dadurch nicht beschwert hat, daß er demselben das Recht aberkannte, in seiner Eigenschaft als Curator der vakannten Nachlassenschaften der Eheleute Moyses Keller den von dem Appellaten produzirten Kaufakt vom 10. Januar 1822 auf Grund des Art. 1167 des B. G. B. anzugreifen;

Daß nicht minder die übrigen Beschwerden der Appellanten wegen unrichtiger Anwendung des gedachten Art. 1167 so wie des vorhergehenden Art. 1166 sich als unbegründet darstellen;

Daß der erstgedachte Art. 1167 namentlich den Gläubigern ein eigenes Recht, die von ihrem Schuldner abgeschlossenen Rechtsgeschäfte anzugreifen nur in so weit zugesteht, als sie nachweisen können, daß diese Rechtsgeschäfte in der Absicht eingegangen wurden, ihre Rechte auf betrügerische Weise zu benachtheiligen;

Daß hieraus aber offenbar folgt, daß der Gläubiger, welcher von dem Art. 1167 Gebrauch machen will, zur Zeit des Abschlusses desjenigen Rechtsgeschäftes, welches er angreifen will, bereits Gläubiger gewesen seln muß, indem bei

Digitized by Google

der entgegengesetzten Annahme die Voraussetzung des Artikels, daß der Schuldner dabei von der Absicht geleitet worden sei, ihn auf eine unerlaubte Weise zu benachtheiligen nicht zutreffen kann;

Daß nun aber in der vorliegenden Sache die Forderungsrechte der Appellanten unbestritten erst längere Zeit nach dem in Frage stehenden Vertrage ihr Entstehen erhalten haben;

Daß zudem auch von den Appellanten nicht einmal zureichende Gründe dafür artikulirt worden sind, daß überhaupt die Eheleute Keller bei Abschluß des gedachten Kaufvertrages beabsichtigt hätten, die darin verkauften Vermögensstücke ihren damaligen Gläubigern zu entziehen, indem eine solche Absicht nach Lage der Sache aus der in Bezug genommenen Verurtheilung der Moyses Keller wegen Prellerei für sich allein mit Sicherheit nicht gefolgert werden kann;

Daß die von dem Appellanten artikulirten Thatsachen vielmehr nur geeignet sein würden, durch Vermuthungen die Annahme zu begründen, daß jener Kaufvertrag ein simulirtes Geschäft gewesen sei;

Daß wenn aber die Appellanten, wie ausgeführt worden, nicht in der Lage sind, aus eigenem Rechte auf Grund des Art. 1167 den Kaufvertrag vom 10. Januar 1822 anzugreifen, sie nach Anleitung des Art. 1166 nur noch diejenigen Einreden geltend machen können, welche ihren Schuldnern selbst zugestanden hätten;

Daß dabei auch in Betreff der Beweismittel nothwendig die nämlichen Beschränkungen eintreten müssen, welche gesetzlich den Eheleuten Keller entgegenstanden;

Daß deshalb, da aus den einzelnen Bestimmungen des in Rede stehenden Kaufvertrages für sich allein keineswegs die behauptete Simulation hervorgeht, die Appellanten nach den Vorschriften der Art. 1341 und 1353 im Allgemeinen zum Beweise der von ihnen behaupteten Simulation durch Zeugen und Vermuthung nicht zugelassen werden dürfen;

Daß auch einer der Fälle, in denen das Gesetz ausnahmsweise den Zeugenbeweis gestattet, nicht vorliegt, indem die Eheleute Keller bei Vollziehung des oftgedachten Kaufvertrages in der Lage waren, sich durch einen Gegenschein den schriftlichen Beweis der Simulation zu verschaffen, dann aber auch von den Appellanten selbst nicht behauptet wird,

Digitized by Google

daß ihre Schuldner durch Betrug zum Abſchluß jenes Vertrages von Seiten des Appellaten verleitet worden ſeien, und endlich ebenſowenig der Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes für die behauptete Simulation von den Appellanten vorgebracht worden iſt;

Daß in der letzteren Beziehung namentlich aus der ſchriftlichen Erklärung, welche der Appellat im Jahre 1844 der Stempelbehörde zum Zwecke der Feſtſtellung des vor der Wittwe Keller beim Tode ihres Ehemannes zu entrichtenden Erbſchaftsſtempels dahin abgegeben hat, daß der verſtorbene Moyſes Keller ihm 600 Thlr. verſchulde, in Verbindung damit, daß der Appellat mehrere Jahre ſpäter nach dem Tode der Wittwe Keller bei Aufnahme des Inventars nur eine Forderung von 16 Thlr. 16 Sgr. 2 Pfg. anmeldete, — eine Vermuthung dafür in keiner Weiſe hergeleitet werden kann, daß das angegriffene Kaufgeſchäft ſimulirt geweſen ſei;

Daß demnach der von den Appellanten ſubſidiariſch erbotene Zeugenbeweis ſowie die von denſelben vorgebrachten Vermuthungen als unzuläſſig unberückſichtigt bleiben müſſen;

Daß dagegen der weiter ſubſidiariſch zum Beweiſe der Simulation dem Appellaten zugeſchobene Entſcheidungseid für erheblich und zuläſſig zu erachten iſt;

Aus dieſen Gründen

gibt der Rh. A. G. H. vor weiterer Entſcheidung dem Appellaten auf, den ihm deferirten Entſcheidungseid darüber auszuſchwören:

> daß der Act vom 10. Januar 1822 zwiſchen ihm und den Eheleuten Keller nicht bloß zum Scheine gethätigt worden, daß er ſelbſt vielmehr die Abſicht dabei gehabt habe, das Eigenthum der ihm angeblich verkauften Mobilien und Immobilien zu erwerben, und daß er auch den im Act quittirten Kaufpreis wirklich bezahlt habe;

beauftragt mit Abnahme dieſes Eides das Kgl. Friedensgericht in Kreuznach u. ſ. w.

I. Senat. Sitzung vom 11. November 1850.

Advokaten: Lautz — Kyll — Seligmann.

Digitized by Google

Berufung. — Appellabler Gegenstand. — Erbqualität.

Das in einer nicht appellabeln Sache über die bestrittene Erbqualität ergehende Urtheil ist der Berufung nicht unterworfen, auch dann nicht, wenn es in Folge einer von dem Handelsgerichte nach Art. 426 der B. P. O. ausgesprochenen Verweisung, auf eine besondere Klage vom Civilgerichte erlassen worden ist; ein solches Urtheil stellt die Erbqualität nur unter den streitenden Parteien und für den einzelnen Fall fest.

B. G. B. Art. 800. B. P. O. Art. 426.

Müller — Mebus und Kürten.

Unter'm 5. April 1848 belangte Mebus die Eheleute Müller und Kürten als Erben seines Schuldners P. J. Müller beim Kgl. Handelsgerichte zu Düsseldorf auf Zahlung einer Summe von 91 Thlr. 11 Sgr. Auf die Einrede der Eheleute Kürten, daß sie nicht Erben, sondern nur Partikular-Legatarien und daher für die Schulden des Erblassers nicht haftbar seien, verwies das Kgl. Handelsgericht durch Urtheil vom 6. Mai 1848 die Parteien zur Feststellung der Erbqualität der Ehefrau Kürten vor den kompetenten Richter. Mebus ließ demnach die Verklagten vor das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf laden, woselbst er die Entscheidung in Betreff der Eheleute Kürten dem richterlichen Ermessen anheimstellte, gegen Eheleute Müller aber antrug, dieselben als Erben des J. P. Müller und demnächst als zur Zahlung der aus jener Erbschaft hinterlassenen Schulden verpflichtet zu erklären. Die Verklagten Müller verlangten, daß die Mitverklagten Kürten als Inhaber eines Vermächtnisses unter einem Universaltitel zu den auf dem Nachlaß des J. P. Müller haftenden Schulden beizutragen verpflichtet erklärt würden. Eheleute Kürten beantragten die Abweisung sowohl der Klage als der Anträge ihrer Mitverklagten, und zwar letzterer als unstatthaft.

Durch Urtheil vom 28. April 1849 erkannte das Kgl. Landgericht „in erster Instanz sprechend" für Recht, erklärte die Verklagten Müller für Erben des J. P. Müller und als solche zur Zahlung der aus jener Erbschaft herrührenden

Digitized by Google

Schulden für verpflichtet, die Ehefrau Kürten dagegen nur für eine Particularlegatarin, und daher für jene Schulden nicht haftbar, unter Verurtheilung der Eheleute Müller in sämmtliche Kosten. Von diesem Urtheil legten Eheleute Müller die Berufung gegen Mebus ein, und luden die Eheleute Kürten bei. Von Seiten des Appellaten Mebus wurde der Berufung die Einrede der Unannehmbarkeit entgegengesetzt, und diese darauf gegründet, daß die Procedur beim Landgerichte nur die Entscheidung eines Incidentpunkts in einer Sache unter 1000 Frcs. zum Gegenstande gehabt habe, was von Seiten der Appellanten unter Hinweisung auf die in erster Instanz genommenen Anträge und das Dispositiv des angegriffenen Urtheils bestritten wurde. Zur Sache selbst wurde von den Parteien über die Natur des der Ehefrau Kürten vermachten Legates gestritten. Der Appellationshof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

In E. daß das durch Berufung angegriffene Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 28. April 1849, wenngleich es ganz allgemein über die Frage entscheidet, ob Appellanten allein oder in Concurrenz mit der adcitirten Ehefrau Kürten als Universallegatarin für die Schulden des verstorbenen J. P. Müller hafteten, dennoch unzweifelhaft nur eine Inzident-Entscheidung in dem durch Ladung vom 5. April 1848 bei dem Handelsgerichte zu Düsseldorf eingeleiteten Prozesse darstellt;

Daß nämlich in diesem Prozesse auch die von dem Appellaten Mebus gegen die Appellanten und die Adcitaten Kürten erhobene Klage, betreffend die Bezahlung der von Mebus dem verstorbenen J. P. Müller gelieferten Waaren, die damaligen Mitverklagten Kürten die Einrede erhoben, daß sie nicht Legatare unter Universalkitel, und deshalb nicht für die Schulden des J. P. Müller tenent seien;

Daß hierauf das Handelsgericht die Entscheidung dieser Einrede durch Urtheil vom 6. Mai 1848 an das Landgericht verwies, und endlich die Ladung vom 13. Dez. 1848, wodurch der erste Richter mit der Sache befaßt wurde, ausdrücklich dahin ging, um in Verfolg und auf den Grund des handelsgerichtlichen Urtheils vom 6. Mai über den Antrag des Klägers, betreffend die Haftbarkeit für die Schulden des Nachlasses, erkennen zu hören;

Digitized by Google

J. E. daß hiernach das Urtheil a quo, indem es die Appellanten als Erben des J. P. Müller für deſſen Schulden tenent, dagegen die jetzige Adcitatin Ehefrau Kürten als Partikularlegatarin für die Schulden der Erbſchaft perſönlich nicht haftbar erklärt, nur als ein Interlokut erſcheint, welches über eine im Hauptprozeſſe erhobene Einrede erkennt, und daher, da die Hauptſache ſelbſt, ihres Gegenſtandes wegen, nicht appellabel iſt, ebenfalls der Berufung nicht unterliegt;

J. E. daß auch ebenſowenig, wie der Umſtand, daß über dieſe Frage auf Grund einer beſondern Klage und durch beſonderes Urtheil entſchieden wird, der Gegenſtand ſelbſt der Entſcheidung, nämlich der Feſtſtellung der Erb- reſp. Legatar-Qualität, jenes Urtheil berufbar macht, indem dieſe Feſtſtellung nach den allgemeinen Grundſätzen über res judicata nur für den vorliegenden Prozeßgegenſtand und unter den ſtreitenden Parteien Wirkſamkeit erlangt, und keine geſetzliche Beſtimmung vorliegt, welche für die Entſcheidung über die incidenter in Frage kommende Erbqualität eine Ausnahme von jenen allgemeinen Grundſätzen ſtatuirt; daß namentlich der Art. 800 des B. G. B. eine ſolche für unſere Fälle ſchon um deswillen nicht enthält, weil er nicht von einem Urtheile ſpricht, welches über die Frage: ob Jemand Erbe reſp. Legatar unter Univerſaltitel ſei oder nicht, ſondern nur über die Frage: ob Jemand unbedingter oder Beneſiziar-Erbe ſei? entſcheidet;

J. E. daß, wenn hiernach die Berufung der Appellanten wegen Mangels eines appellabeln Streitgegenſtandes als unannehmbar verworfen werden muß, die Adcitation ſich von ſelbſt erledigt;

Aus dieſen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düſſeldorf vom 28. April 1849 eingelegte Berufung als unannehmbar, erklärt die Seitens der Appellanten gegen die Eheleute Kürten bewirkte Beiladung für erledigt, verurtheilt die Appellanten in Strafe und Koſten, einſchließlich der Koſten der Beiladung.

II. Senat. Sitzung vom 4. Juli 1850.

Advokaten: Forſt — Lautz, Widenmann.

Digitized by Google

Fauſtpfand an einer Forderung.

Der Gläubiger, dem eine Forderung ſeines Schuldners zum Fauſtpfande gegeben worden, iſt nicht berechtigt, mit Umgehung ſeines Schuldners eine gerichtliche Verfolgung direkt gegen deſſen Schuldner einzuleiten. Art. 2078 B. G. B. *).

Auch die Klauſel des Fauſtpfandvertrags „um die Forderung geltend zu machen, einzutreiben und ſich für ſeine Forderung, Zinſen und Koſten vorzugsweiſe zu befriedigen" berechtigt ihn nicht dazu.

Gebr. Everling — Froehling.

Franz Schmitter, Kaufmann zu Kempen, verſchuldete der Handlung Gebr. Everling zu Elberfeld 181 Thlr. 11 Sgr. 8 Pf., zu deren Sicherheit er durch Notarial-Act vom 7ten September 1846 eine, gleichfalls notariell verbriefte Forderung von 320 Thlr. wider die Wittwe Froehling, Lucia geb. Scholten, zum Fauſtpfande beſtellte. Zugleich ermächtigte er in dieſem Acte die Handlung Everling: „die mehrgedachte Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen, ſolche einzutreiben und ſich für ihre Forderung, Zinſen und Koſten vorzugsweiſe zu befriedigen, zu welchem Ende er die Forderungstitel der genannten Handlung aushändigte." Auf Grund dieſes Actes und unter abſchriftlicher Zuſtellung deſſelben, ſowie des exekutoriſchen Schuldtitels der Wittwe Froehling vom 25. December 1834 ließ die Handlung Everling der Wittwe Froehling Zahlungsbefehl für die Summe von 320 Thaler Kapital und die Koſten machen. Hiergegen erhob dieſe Oppoſition zum Landgerichte zu Cleve unter Beiladung des Nachlaßkurators einer gewiſſen Agate Alper, welche die Abtragung dieſer Schuld übernommen habe. Der Kurator lud ſeiner Seits die Erben des Franz Schmitter bei, behauptend „daß die Forderung getilgt ſei" und dieſe ihn vertreten müßten. Beim Landgerichte zu Cleve waren hauptſächlich die faktiſchen Verhältniſſe, aus denen die Tilgung der Schuld gefolgert werden ſollte, Gegenſtand der Verhand-

*) Anders das römiſche Recht l. 4. C. quae res pignori obl. VIII, 17. — l. 20 D. de pignor. XX, 1.

Digitized by Google

lung. Das Urtheil dieses Gerichtes vom 17. October 1848 sah aber von diesen gänzlich ab und erwog:

„Daß der Faustpfandgläubiger nicht Eigenthümer der verpfändeten Sache wird, sondern nur das Recht hat, bei Gericht verordnen zu lassen, daß ihm dieselbe nach einer durch Sachverständige geschehenen Schätzung an Zahlungs-Statt verbleibe oder, daß sie öffentlich versteigert werde;

Daß dieses ebensowohl für den Faustpfandgläubiger gilt, dem eine Forderung verpfändet worden;

Daß derselbe sonach aus dem Pfandvertrage selbst ein Klagerecht in eigenem Namen nicht herleiten kann; daß er ein solches aber, wenn es ihm gesetzlich nicht zusteht, auch durch die von dem eigentlichen Gläubiger ertheilte Ermächtigung zur Beitreibung der Forderung nach der Rechtsregel: nul ne plaide par procureur nicht erwerben kann;

Daß er sohin nicht legitimirt war, den Zahlungsbefehl, von dem es sich handelt, ergehen zu lassen, da er nach dem Inhalte des Vertrags nicht als Cessionar, sondern als einfacher Pfandgläubiger zu betrachten ist;

I. E. daß, wenn auch von der Opponentin, wenigstens nicht für den ganzen Betrag des Zahlungsbefehls, die Activlegitimation nicht bestritten worden, dieser Einwand gleichwohl von dem Richter ex officio zu suppliren ist, da es der öffentlichen Ordnung angehört, daß Niemand als Vertreter eines Andern vor Gericht erscheine, daß hiernach der Zahlungsbefehl aufzuheben ist.

Hiergegen ergriff die Handlung Gebr. Everling die Berufung und behauptete: der Art. 2078 l. c. finde keine Anwendung auf Forderungen (Troplong du gage Nr. 394, Liége 27. febr. 1841. Pasicrisie belge 1841 pag. 424); sie sei Procurator in rem suam (Proudhon. Usufruit Nr. 2229) und könne kraft der Ermächtigung das Kapital unbedenklich eintreiben (Zachariae II. p. 433 note 8); hiergegen sei der formelle Satz: nul ne plaide par procureur unanwendbar (Boncenne I. p. 34, Perrot II. S. 73, Carré I. Nr. 290, Troplong. Mandat Vorrede S. 1). Von Seiten der Appellatin wurde geltend gemacht, daß der Faustpfandgläubiger nicht dem Cessionar gleichstehe, daß die Ermächtigung im Acte die Appellantin zwar berechtige, das Kapital außergerichtlich einzuziehen und darüber zu quittiren, wie dies jeder Bevollmächtigte könne, nicht aber auf eignen Namen

vor Gericht aufzutreten; daß bei der Annahme des Gegentheils der im französischen Prozesse ganz undenkbare Fall eintreten würde, daß ein Exekutionsverfahren mit Umgehung des Schuldners, ohne, daß dieser im mindesten zum Prozesse zugezogen würde, gegen ein Vermögens-Objekt desselben durchgeführt werde, während doch bei allen Saisien, namentlich beim Dritt-Arrest, immer der Schuldner zugezogen werden müsse, um seine Rechte wegen Tilgung der Schuld ꝛc. zu wahren. Das öffentl. Ministerium trug auf Reformation des Urtheiles an, der Hof erkannte jedoch konfirmatorisch, wie folgt:

In E. daß durch den Act vom 23. October 1846, auf dessen Grund die Appellantin den Zahlungsbefehl vom 3. März 1848 gegen die Appellatin Wittwe Froehling erlassen hat, Ersterer die in Frage stehende Forderung als Faustpfand bestellt worden ist;

Daß folgeweise das Eigenthum dieser Forderung bei dem Faustpfandgeber Franz Schmitter geblieben ist und die Faustpfandgläubigerin, wenn sie zum Zwecke ihrer Befriedigung das gestellte Pfand angreifen wollte, nach der Vorschrift des Art. 2078 des B. G. B., von welcher Vorschrift für den Fall der Verpfändung einer Forderung, nirgendwo eine Ausnahme gemacht ist, zu verfahren hatte, Appellantin mithin hiernach nicht befugt war, ohne Weiteres direkt und in eigenem Namen gegen die Appellatin eine gerichtliche Verfolgung einzuleiten;

Daß man sich appellantischer Seits zwar auf die Klausel des gedachten Vertrages vom 23. October 1846 berufen zu können glaubt, durch welche Appellantin ermächtigt worden, die fragliche Forderung gegen den Schuldner „geltend zu machen, einzutreiben und sich für ihre Forderung, Zinsen und Kosten vorzugsweise bezahlt zu machen;" daß indeß, abgesehen von der Frage, ob es überhaupt gegenüber der Vorschrift des Art. 2078 cit. zulässig ist, eine solche Dispositions-Befugniß auf den Faustpfandsgläubiger zu übertragen, hierin doch immer nur ein Mandat, keineswegs aber eine Cession zu erkennen ist;

Daß wenn auch dieses Mandat als ein bedingungsweise, d. h. bis zur Auszahlung der Schuld, für welche das Pfand haftet, unwiderrufliches zu erachten ist, dieses dem Vollmachtgeber gegenüber bestehende Verhältniß bezüglich auf den in

Digitized by Google

der verpfändeten Obligation als Schuldner figurirenden Dritten nur die Befugniß begründen könnte, auf den Namen des Pfandbestellers, als dessen Mandatar zu klagen, oder ein Exekutionsverfahren einzuleiten, nicht aber, sich entgegen dem Wesen des Verpfändungs-Vertrages und der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 2079 des B. G. B. als vollberechtigter Eigenthümer der Forderung zu geriren, welche er nur als Depositar inne hat;

Daß mithin der dem appellantischen Theile vor Allem entgegengestellten Einrede der mangelnden Qualifikation — welche Einrede auch in gegenwärtiger Instanz noch geltend gemacht werden kann — Statt zu geben ist, und zwar um so mehr, als die Appellatin resp. deren Gewährsmann ein unverkennbares Interesse hat, den Faustpfandsbesteller Schmitter, oder dessen Erben, und nicht dessen Mandatar, die Appellantin als Partei gegenüber zu haben, wie sich dieses schon aus der Anfechtung des Datums der Quittung vom 8. Januar 1841 durch Letztere ergibt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Cleve vom 17. October 1848 eingelegte Berufung unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten und die gesetzliche Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 18. Juli 1850.

Advokaten: Compes — Herbertz.

Elterliche Theilung. — Kaufgeschäft. — Zinsen des Kaufpreises resp. der Erbrate.

Auf eine elterliche Theilung, welche in die Form eines Kaufgeschäftes eingekleidet worden, findet die Bestimmung des Art. 1652 B. G. B., wonach der Käufer einer fruchttragenden Sache auch ohne Sommation vom Tage der Ueberlieferung an den Kaufpreis verzinsen muß, keine Anwendung.

Auch besteht keine gesetzliche Bestimmung, wodurch die in Folge einer vollzogenen Theilung

herauszuzahlenden Summen von Rechtswegen seit dem Todestage des Erblassers, resp. seit dem Tage der Theilung verzinslich erklärt würden.

Thinnes — Thinnes.

Die Eheleute Michael Thinnes und Anna Oeltges zu Reiff erklärten in einem notariellen Acte vom 14. Juli 1816, daß sie „theils ihres Alters halber, theils der kränklichen „Umstände der bemeldeten Anna Oeltges wegen, welche seit „mehrern Jahren das Bett hütete, sich nicht mehr im Stande „befinden, ihren häuslichen Geschäften obliegen zu können, „um das Hauswesen mit Vortheil zu verwalten; aus diesen „Ursachen haben sie ihrem hier anwesenden und annehmenden „Sohn Peter Thinnes, bei ihnen eingeheirathet, anmit cedirt, übertragen und abgetreten ihre zu bemeldetem Reiff „gelegene Wohnbehausung, genannt Oeltges, mit allen von „selber abhängenden Gebäulichkeiten und allen davon abhängenden zu und um Reiff gelegenen Möbel- und Immöbel-„Gütern u. s. w., um durch ihren bemeldeten Sohn Peter „Thinnes von heute an in allem Eigenthume genossen zu „werden u. s. w." Dieser Uebertrag geschah — wie es weiter heißt — für und mittelst einer Summe von 5220 Franken (900 Laubthaler), welche Peter Thinnes sich andurch anheischig machte, „seinen dreien übrigen Geschwistern für ihre „väterliche und mütterliche Rechte aus erwähntem Oeltges-„haus, jedem 1740 Franken (300 Laubthaler) auf folgende „Art zu bezahlen: nämlich seinem Bruder Johann und sei-„ner Schwester Anna Maria, beide eheledig wohnend zu be-„meldetem Reiff, jedem $^1/_3$ obiger Summe an ihrem Hoch-„zeitstage und die zwei übrigen Drittel in den zwei hierauf „folgenden Jahren" oder falls Eines derselben unverheirathet das väterliche Haus verlassen wolle, in drei Jahren vom Tage seines Austritts; das dritte Drittel erklärte gleichzeitig die an Mathias Getz verheirathete Schwester mit 1740 Franken bereits erhalten zu haben. Durch einen Privat-Act von demselben Tage verpflichtete sich sodann Peter Thinnes, seinem Bruder Johann — und wie es scheint auch seinen beiden übrigen Geschwistern — außer jenen 300 Kronthalern „noch eine Summe von 200 Kronthalern in nämlicher Zeit, wie in bemeldetem Acte festgesetzt ist, auf ihr Erbtheil zu bezahlen."

Digitized by Google

Die heutigen Kläger und Appellanten, Erben von Joh. Thinnes, erhoben aus jenen beiden Acten noch einen Anspruch gegen Peter Thinnes und stellten dabei im Wesentlichen die Behauptung auf, daß der Letztere die ihrem Autor zu zahlende Summe, da dieselbe als der Kaufpreis einer fruchttragenden Sache zu betrachten sei, zu verzinsen schuldig gewesen, daß mithin die darauf geleisteten Abschlagszahlungen, in Bezug auf welche ein sonstiger Streit unter den Parteien nicht bestand, zuvörderst auf die jedesmal fällig gewesenen Zinsen hätten müssen in Anrechnung gebracht werden.

Das Landgericht zu Trier wies jedoch durch sein Urtheil vom 21. Dezember 1848 diesen Anspruch als unbegründet zurück, indem es ausführte, daß durch den obenerwähnten Vertrag die Eltern Thinnes ihr Gesammtvermögen unter ihre Kinder zu vertheilen beabsichtigt haben, daß aber, wenn sie auch zu diesem Zwecke dem einen Sohne das Oeltgesgut ganz überließen, mit der Auflage seinen drei Geschwistern 900 Laubthaler — ohne Stipulation von Zinsen — als Abfindungssumme herauszuzahlen, doch hierin kein Kaufgeschäft im eigentlichen Sinne, sondern eine donatio sub modo zu finden sei (Art. 1121 B. G. B.) und mithin den Klägern gesetzlich, ohne Sommation des Schuldners, kein Anspruch auf Verzinsung dieser Summe zustehe.

Bei der hinsichtlich dieser Entscheidung eingelegten Berufung suchten die ursprünglichen Kläger auszuführen, daß wenn auch eine divisio parentum inter liberos das Motiv und die Absicht bei jenem Uebertrage gewesen sei, derselbe doch immer einen wirklichen Kaufvertrag dargestellt habe und von dem Appellaten selbst um so weniger als eine donatio sub modo geltend gemacht werden könne, als er in diesem Falle das ganze ihm übertragene Gut würde zur Masse bringen müssen. Habe er demnach das Gut durch einen Kaufvertrag erworben, so müsse er auch nach Art. 1652 B. G. B. den an seine Miterben herauszuzahlenden Preis vom Tage der Besitzergreifung, also hier vom Tage des Actes selbst an, verzinsen. — Aber auch selbst als Erbtheil betrachtet, sei die Forderung der Appellanten nach Art. 856 B. G. B. eine zinstragende.

Der Appellat suchte die Entscheidung des ersten Richters im Wesentlichen durch die im Urtheil a quo angeführten Gründe zu rechtfertigen.

Digitized by Google

Das öffentl. Miniſterium war der Anſicht, daß der fragliche Uebertrag, wenn auch durch denſelben eine divisio parentum inter liberos bezweckt worden, dennoch ein wirkliches Kaufgeſchäft darſtelle, welches in dieſer ſeiner Qualität dadurch, daß der Kaufpreis nicht an die Verkäufer, ſondern an deren Erben gezahlt werden ſollte, nicht alterirt werde, daß daher auch der Art. 1652 B. G. B. auf daſſelbe ſeine Anwendung finden müſſe. Wenn aber dieſer Artikel die Verfügung enthalte, daß der Käufer einer fruchttragenden Sache, von der Zeit der Ueberlieferung derſelben an, auch ohne Sommation, den Kaufpreis verzinſen ſolle, ſo habe der Geſetzgeber dadurch nur die vermuthete Abſicht der Contrahenten, daß der Käufer nicht gleichzeitig die Früchte der angekauften Sache und die Zinſen des von ihm verſchuldeten Kaufpreiſes genießen ſolle, daß vielmehr der bei der Ueberlieferung zu zahlende Preis das wirkliche vertragsmäßige Aequivalent für die verkaufte Sache darſtelle, zu einer geſetzlichen Präſumtion erhoben, welche aber wieder wegfallen müſſe, wenn ſich aus den Umſtänden ergebe, daß bei dem Abſchluſſe des Vertrages die obenerwähnte Abſicht der Contrahenten in Wahrheit nicht obgewaltet habe. Das Letztere ſei aber immer dann anzunehmen, wenn nach ausdrücklicher Beſtimmung des Contractes der Kaufpreis nicht ſogleich bei Ueberlieferung der verkauften fruchttragenden Sache, ſondern erſt in einem ſpätern Termine zu bezahlen ſei, da darin, inſoferne keine Zinſen ſtipulirt worden, die vertragsmäßig konſtatirte Abſicht der Parteien gefunden werden müſſe, daß bis zum Eintritte dieſes Termines der Käufer zugleich die Früchte des ihm verkauften Objects und die Zinſen des mit Rückſicht auf dieſe Bedingung beſtimmten Kaufpreiſes genießen ſolle (Pothier. Vente Nr. 287. vergl. Troplong. Vente Nr. 599). Hienach würde in dem vorliegenden Falle die Berufung, jedoch nur theilweiſe, nämlich in ſoferne als begründet erſcheinen, als der Appellat Peter Thinnes den in beſtimmten Terminen verſchuldeten und gezahlten Kaufpreis vom Eintritte dieſer Termine an zu verzinſen gehalten geweſen, die von ihm geleiſteten Zahlungen daher nach einer anderweitig aufzuſtellenden Staffelrechnung zuvörderſt auf die demgemäß erfallenen Zinſen und dann mit dem Reſte auf die Capitalſchuld anzurechnen wären.

Der A. G. H. erließ jedoch folgendes beſtätigendes

Urtheil:

J. E., daß der Notarial-Act vom 14. Juli 1846 und der an demselben Tage zu Stande gekommene Act unter Privatunterschrift, Inhalts welches Letzteren Peter Thinnes seinem Bruder Johann Thinnes noch ferner 200 Kronenthaler nebst einer Hochzeitssteuer „für dessen Erbtheil" versprochen hat, Ein und Dasselbe Rechtsgeschäft darstellen, auf derselben causa beruhen und daher auch, was ihre rechtliche Wirkung betrifft, nach gleichen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind; — daß die bei jenen Arten concurrirenden Personen das darin verbriefte Geschäft nicht ausdrücklich qualificirt, es insbesondere weder einen Kauf noch eine elterliche Theilung genannt, sondern in Beziehung auf das, dem Verklagten zum Eigenthume übergebene Oeltgeshaus der, einer mannigfachen Auslegung fähigen Ausdrücke: „übertragen, abtreten, und cediren" cumulativ sich bedient haben; — daß nach bekannten Interpretationsregeln das Wesen und die Natur eines Rechtsgeschäfts hauptsächlich aus sich selbst zu erklären und hiernach mit Rücksicht auf die verwandtschaftlichen Verhältnisse der Contrahenten und die einzelnen Clauseln des Vertrags nicht daran zu zweifeln ist, daß das Ganze eine elterliche Theilung (Art. 1075 seq.) oder einen sogenannten, besonders in der Gegend des geschlossenen Vertrags, wo früher die Stockgüter-Verhältnisse bestanden, üblichen Gutsübertrag darstellt, von dessen formeller oder materieller Gültigkeit es sich in gegenwärtigem Prozesse überall nicht handelt, da das längst vollzogene Rechtsgeschäft von beiden Theilen als rechtlich bestehend anerkannt und nur darüber gestritten wird: welche Rechte, mit Rücksicht auf die eigentliche Natur des Geschäfts in Betreff der von den Klägern geltend gemachten Zinsforderung sich daraus herleiten lassen? — daß aber für die obige Annahme einer elterlichen Theilung überzeugend folgende Umstände sprechen: daß nämlich das Geschäft zwischen Eltern und Kindern gethätigt wurde resp. Letztere dabei sämmtlich bedacht worden sind und auch ratifizirt haben; daß der Uebertrag an den (wie es im Act selbst heißt) bei den Eltern eingeheiratheten Sohn Peter Thinnes geschah und das ganze elterliche Vermögen, ohne Ausnahme, umfaßte; daß der Preis (wovon natürlich der, dem künftigen Gutseigenthümer Peter Thinnes, als Sohn und Erbe, zustehende Antheil in Abzug

Digitized by Google

gebracht wurde) zur Abfindung seiner übrigen Geschwister verwendet werden sollte, mithin diese Abfindung eine wahre Herauszahlung darstellt, wie denn auch der rechtliche Grund der an die Geschwister zu leistenden Zahlungen in den Acten selbst durch die Worte „für ihre väterliche und mütterliche Rechte" oder „für ihr Erbtheil" genau bezeichnet wird;

J. E., daß wenn sonach das fragliche Rechtsgeschäft als elterliche Theilung zu betrachten ist, die speziell für den Verkauf fruchttragender Sachen gegebene und deßhalb auf ihren Fall zu beschränkende Bestimmung des Art. 1652 außer Anwendung bleiben muß; —

Daß eben so wenig der von den Klägern in der Unterstellung der Annahme einer elterlichen Theilung eventualiter angerufene Art. 856 ihre Zinsenforderung zu rechtfertigen vermag; da hierdurch nur verfügt worden, daß bei Erbtheilungen die der Collation unterworfenen Sachen vom Tage der eröffneten Erbschaft von Rechtswegen Zinsen tragen sollen, es sich aber gegenwärtig nicht von einer Collation handelt und überall keine gesetzliche Bestimmung besteht, wodurch die, in Folge einer vollzogenen Theilung — sei es nun, daß solche im gewöhnlichen Falle nach dem Tode des Erblassers, sei es, daß sie im Falle einer divisio inter liberos noch bei dessen Lebzeiten erfolge — herauszuzahlenden Summen von Rechtswegen seit dem Todestage des Erblassers resp. seit dem Tage der Theilung verzinslich erklärt worden wären; daß überdies der aus diesem Grunde erhobene Anspruch der Kläger auf Zinsen seit dem Tage des Theilungsacts vom Jahre 1816, schon durch die thatsächlichen Momente zurückgewiesen wird, da alle Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmen konnten, die Verzinslichkeit der Conferenden auszusprechen, im untergebenen Falle nicht zutreffen, wo nicht blos die Eltern, sondern auch die unverheiratheten Geschwister, zu denen der Erblasser der Kläger gehörte, auch nach der Theilung ihre Existenz aus den Einkünften des Guts fristeten, und unter diesen Umständen selbst eine ausdrückliche Stipulation von Zinsen seit dem Tage der Theilung als eine ganz ungewöhnliche, mit der Absicht und Natur solcher Dimissionsverträge im Widerspruch stehende Bedingung hätte befremdlich erscheinen müssen;

J. E., daß mithin nur noch zu prüfen bleibt, ob nicht

Digitized by Google

wenigſtens (wie Kläger behaupten) ſeit dem Jahre 1822, wo Johann Thinnes aus dem Gute austrat, folglich nach Inhalt des Vertrags das erſte Drittel ſeiner Abfindung fällig wurde, ein Recht auf Zinſen erwachſen ſei; daß aber eine Zinſenforderung nur begründet werden kann 1. auf eine desfallſige Verabredung, 2. auf das Geſetz, 3. auf eine in Verzugſetzung des Schuldners: daß ad 1. Zinſen im Vertrage nicht ausbedungen worden ſind, auch überall auf eine Abſicht der Contrahenten, die Verzinslichkeit mit dem Tage des Fälligwerdens der Forderung eintreten zu laſſen, nicht geſchloſſen werden kann; ad 2. den Klägern eine geſetzliche Beſtimmung nicht zur Seite ſteht; ad 3. das bloße Fälligwerden einer an ſich unverzinslichen Forderung noch keinen Verzug im Sinne des Geſetzes begründet;

Aus dieſen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 21. Dezember 1848 und verurtheilt die Appellanten in Strafe und Koſten.

I. Senat. Sitzung vom 14. Oktober 1850.

Advokaten: Lautz — Rübſahmen.

Uebertrag unter der Stipulation lebenslänglicher Verpflegung. — Erbe in gerader Linie; Ehegatte deſſelben. — Disponible Quote.

Der Uebertrag von Immobilien, welcher von Schwiegereltern auf den Schwiegerſohn unter der Stipulation lebenslänglicher Verpflegung gethätigt wird, fällt nicht unter die Beſtimmung des Art. 918 des B. G. B. — Der Ehegatte des Erbberechtigten kann in dieſer Beziehung nicht als zwiſchengeſchobene Perſon des Erbberechtigten angeſehen werden.*)

Pfennings — Pfennings.

In der Theilungsklage der Erben Pfennings verlangten einige der Erben, daß eine Wohnung nebſt Stall, Tenne,

*) Vgl. Arch. 43. 1. S. 219, insbeſondere die Ausführung des Oeffentl. Miniſteriums und die Note S. 227.

Misthof und Wiese, welche sich im Besitze des Schwiegersohnes der Erblasser, Eheleute Pfennings befinde, zur Theilungs-Masse gebracht werden müsse. Der Schwiegersohn, Eiermanns, produzirte hierauf einen notariellen Act vom 19. April 1833, in Gemäßheit dessen die Schwiegereltern, Eheleute Pfennigs, ihm diese zu 45 Thlr. veranschlagten Realitäten gegen die Verpflichtung übertrugen, sie lebenslänglich zu unterhalten, zu verpflegen und mit allen nöthigen Lebensbedürfnissen zu versehen. Er behauptete, diese Verpflichtung erfüllt zu haben und demgemäß Eigenthümer jener Realitäten geworden zu sein. Von der Gegenseite wurde in facto bestritten, daß die Eltern, welche nur von Allmosen gelebt, von Eiermanns verpflegt worden seien, dabei aber gleichzeitig in jure behauptet, daß jedenfalls nach Art. 918 des B. G. B. der wahre Werth jenes Gütchens zur Theilungsmasse gebracht werden müsse und in dem Vertrage höchstens die Zusicherung der disponiblen Quote für die Eheleute Eiermanns gefunden werden könne.

Das Urtheil des Landgerichts zu Cleve vom 27. Juli 1843 ging auf dieses letzte Argument ein und verordnete im Dispositive bezüglich dieses Contestationspunktes, daß die gedachten Realitäten zur Theilungsmasse zu ziehen und bei der Expertise über den Werth der sämmtlichen zu theilenden Immobilien mit in Anschlag zu bringen seien.

In der Berufungsinstanz wurde hiergegen Seitens der Eheleute Eiermanns geltend gemacht, daß der Art. 918 des B. G. B. hier nicht zur Anwendung kommen könne, da der Uebertrag nicht an die Ehefrau, sondern an den Ehemann Eiermanns geschehen sei, dieser aber keineswegs zu den successibles en ligne directe der Erblasser gehöre.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des Oeffentl. Ministeriums erkannte der A. G. H. über diesen Contestationspunkt, wie folgt:

In E., — zur 2. Contestation, die durch Notarialact vom 19. April 1833 den Mitverklagten Eiermanns übertragene Realität betreffend, — daß der erste Richter davon ausgegangen ist, daß der fragliche Vertrag unter die Bestimmung des Art. 918 des B. G. B. falle, sonach für die Eheleute Eiermanns nur ein Anspruch auf die disponible Quote erworben worden, der Ueberschuß aber zur Masse zu bringen sei; — daß indeß die Anwendbarkeit des Art. 918, nach

seiner eigenen Fassung auf den Fall sich beschränkt, daß die Veräußerung an eine, zur Erbfolge in gerader Linie berechtigte Person geschehen; dieser Fall aber untergebens nicht vorliegt, indem der Verklagte Eiermanns, mit welchem allein contrahirt worden, zu jenen Personen gar nicht gehört; daß, wenn der Kläger den Verklagten, als Ehemann der Tochter der veräußernden Eheleute Pfennings, nur als zwischengeschobene Person betrachtet wissen und den Act als eine, den Vortheil der Ehefrau Eiermanns bezweckende Schenkung qualifiziren will, es in der Bestimmung des Art. 918 selbst an jedem Anhaltspunkte dafür fehlt, daß schon die Eigenschaft als Ehegattin eines Erbberechtigten in gerader Linie hinreiche, um den, mit einem solchen Ehegatten geschlossenen Vertrag auf gleiche Linie mit dem Vertrage zu stellen, der mit dem succesible selbst gethätigt worden; daß daher auch die für durchaus verschiedene Fälle gegebenen Vorschriften der Art. 911 und 1000 des B. G. B., selbstredend auf ihren Fall beschränkt bleiben müssen; daß zwar im Allgemeinen nicht ausgeschlossen bleibt, daß die mit dem Ehegatten eines Erbberechtigten geschlossenen Verträge, obgleich sie formell unter den Bedingungen des Art. 918 zu Stande gekommen, nach Bewandtniß der Umstände als reine Schenkungen betrachtet werden können und als solche, wenn auch nach Art. 849 von der Collation befreit, doch einer Reduction auf die disponible Quote unterliegen; — daß aber die wesentliche Voraussetzung hierbei, daß nämlich der Vertrag, seiner äußeren Einkleidung ungeachtet, lediglich eine Liberalität zum Zweck und Gegenstand gehabt habe, von der Partei, welche ihn ansicht, nachgewiesen werden muß, und in dieser Beziehung der gegenwärtige Kläger weiter nichts, als das Verhältniß des Erwerbers zu dem Veräußerer, als Schwiegervater, anzuführen vermocht hat; daß indeß ein derartiges Verhältniß an und für sich keinen Verdächtigungsgrund gegen die Ernstlichkeit des Alimentationsvertrages abgeben kann, da dergleichen Verträge gerade mit Rücksicht auf die, bei Verwandten und Verschwägerten vorausgesetzte Zuneigung und Eintracht zu Stande zu kommen pflegen; überdies aber in concreto die, der übertragenen Realität im Acte selbst gegebene Werthschätzung von 45 Thlr., als Aequivalent der dagegen übernommenen lebenslänglichen Verpflegung der Schwiegereltern, theils an sich die Annahme

einer bloßen Liberalität zu begründen keineswegs geeignet, theils aber auch diese Werthschätzung selbst um deswillen nicht zu verdächtigen ist, weil nach Ausweis des zwischen den Schwiegereltern und einem Dritten, dem Jacob Jörris, am 19. April 1833 geschlossenen Notarial-Vertrags die Eheleute Pfennings die ihrem Schwiegersohne Eiermanns übertragene Realität gegen Austausch eines, ihnen zugehörigen Grundstücks von rc. Jörris erworben hatten und auch in diesem Tauschacte den Werth der gegeneinander ausgetauschten Grundstücke auf 45 Thlr. veranschlagt ist.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Landgerichts zu Aachen vom 27. Juli 1843; weiset, an dessen Statt erkennend, die von dem Appellaten Christ. Joseph Pfennings und der sich ihm anschließenden Sybilla Leesmeister, Wittwe von Andreas Pfennings erhobenen Ansprüche auf Theilung des — — — — — — — — von den Eheleuten Eiermanns besessenen Hauses, als ungegründet, ab und compensirt die Kosten beider Instanzen.

I. Senat. Sitzung vom 2. Dezember 1850.

Advokaten: Compes — Lautz — Hardung I.

Sequester eines Nachlasses. — Exekutorische Wirkung des den Sequester bestellenden Urtheils.

Das Urtheil, welches einen Sequester für einen Nachlaß ernennt und denselben mit der Einziehung der Revenüen beauftragt, bildet für den Sequester und jedenfalls für diejenigen Mitbetheiligten, welche in jenem Urtheile Partei waren, einen exekutorischen Titel, auf dessen Grund gegenüber den andern bei jenem Urtheile Partei gewesenen Mitbetheiligten die Abtretung der zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke verlangt werden kann.

Krahe — Boismard.

Nach dem Ableben des Rentners Boismard zu Köln wurde durch Urtheil des dortigen Landgerichts vom 29. Febr. 1848 der Notar Reusch, und nach dessen später erfolgtem

Tode durch Urtheil deſſelben Gerichts vom 2. Januar 1849 der Notar Krahe zum gerichtlichen Sequeſter der Boismard'ſchen Vermögensmaſſe beſtellt. Die Wittwe Boismard blieb vorläufig im Beſitze und in der Benutzung des Boismard'ſchen Wohnhauſes, welches ihr durch Teſtament, über deſſen Gültigkeit jedoch noch ein Rechtsſtreit anhängig war, in ihr Vermächtniß angewieſen war.

Durch Gerichtsvollziehersact vom 7. April 1849 wurde auf Anſtehen des Sequeſters Krahe und „ſoviel nöthig" auf Anſtehen der Eheleute Auguſt Fiévet und Eliſabeth Felicité Boismard, und auf Grund der beiden erwähnten Urtheile die Wittwe Boismard aufgefordert, dem Sequeſter das fragliche Haus nebſt allem Zubehör und allen zur Maſſe gehörigen Mobilien unter Vermeidung zwangsweiſer Ausſetzung zu überliefern. Die Wittwe Boismard erhob hiergegen Einſpruch, weil die gedachten Urtheile als exekutoriſche Titel zur Exmiſſion nicht anzuſehen ſeien, überdieß auch der Sequeſter nur Verwaltungsmaßregeln zu veranlaſſen habe und daher höchſtens berechtigt ſei, ſie zur Inventariſation der Mobilien und zur Zahlung einer angemeſſenen Entſchädigung für die Benutzung der Mobilien und des Hauſes aufzufordern.

Das Landgericht zu Köln nahm durch Urtheil vom 8. Mai 1849 dieſe Oppoſition an, indem es erwog, daß das Urtheil, welches den Notar Krahe zum Sequeſter ernenne, für dieſen nur eine Vollmacht enthalte, den gedachten Nachlaß während des Theilungs-Prozeſſes zu verwalten, darin aber an ſich kein exekutoriſcher Titel gefunden werden könne, um ſich in den Beſitz und in die Verwaltung des Boismard'ſchen Nachlaſſes zu ſetzen, resp. die Opponentin zur Räumung des fraglichen Hauſes zu zwingen.

Auf die von dem Notar Krahe und den Eheleuten Fiévet gegen dieſe Entſcheidung eingelegte Berufung erließ der A. G. H. folgendes reformatoriſche

Urtheil:

J. E., daß durch das auf den gemeinſchaftlichen Antrag der Appellanten Eheleute Fiévet und der Appellatin ergangene Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 2. Januar 1849 der Mitappellant Krahe an die Stelle des verſtorbenen Notars Reuſch zum Sequeſter des geſammten Boismard'ſchen Nachlaſſes ernannt worden iſt;

Digitized by Google

Daß dem Mitappellanten Krahe hierdurch nach Inhalt des von dem nämlichen Landgerichte unterm 29. Juli 1848 erlassenen Urtheils die Verwaltung des ganzen von Boismard hinterlassenen Vermögens und namentlich die Einziehung der sämmtlichen Revenüen dieses Vermögens so wie deren Vertheilung in der durch das Urtheil näher bestimmten Weise übertragen wurde;

Daß hiernach aber dem Mitappellanten Krahe unzweifelhaft das Recht eingeräumt worden war, alle zum Nachlasse gehörenden Vermögensstücke in Besitz zu nehmen, und deshalb auch dieses Urtheil jedenfalls für die Mitappellanten Eheleute Fiévet der damals im Prozesse befindlichen Appellatin gegenüber einen exekutorischen Titel für die verlangte Abtretung der im Besitze der Appellatin befindlichen Nachlaßstücke an den Mitappellanten Krahe bildet;

Daß demnach, da die Appellatin es nicht bestreitet, daß die in dem angegriffenen Räumungsbefehle vom 7. April 1849 bezeichneten Gegenstände zum Nachlasse ihres verstorbenen Ehemannes gehören, ihr Einspruch sich als ungegründet darstellt, und die Entscheidung des ersten Richters, welcher jene Opposition wegen Mangels eines dem Räumungsbefehle zu Grunde liegenden exekutorischen Titels angenommen hat, der Reformation unterliegen muß;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 8. Mai 1849, verwirft an dessen Statt erkennend den von der Appellatin wider den Räumungsbefehl vom 7. April 1849 eingelegten Einspruch als unbegründet, gestattet die Fortsetzung des Exekutionsverfahrens, verordnet die Rückgabe der Strafgelder und legt der Appellatin die Kosten beider Instanzen zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 2. Dezember 1850.

Advokaten: Kyll — Compes.

Verkauf von Mündelgütern. — Nichtigkeit. — Verjährung.

Eine durch den Vormund ohne Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten vorgenommene Ver-

äußerung von Mündelgütern wird rechtsbeständig, wenn sie nicht in der im Art. 1304 des B. G. B. angegebenen Frist angefochten wird.

Art. 1304 des B. G. B.

Lenz — Thelen u. Klinkhammer.

Unter dem 24. August 1817 ließ Wilh. Klinkhammer, als Vormund von Peter Klinkhammer ein diesem zur Hälfte zugehöriges Haus in Gemeinschaft mit dem Miteigenthümer versteigern. Lenz klagte als Cessionar des Peter Klinkhammer gegen den Ansteigerer Thelen im Jahr 1844 auf Theilung des Hauses, und machte geltend, daß der Verkauf vom J. 1817 für seinen Cedenten unverbindlich sei. Thelen ließ den ehemaligen Vormund Wilh. Klinkhammer adcitiren, um sich zum Schadenersatz verurtheilen zu hören. Verklagter und Adcitat setzten der Klage entgegen, daß der Minderjährige in den ersten 10 Jahren nach erreichter Großjährigkeit den Verkauf habe anfechten müssen, daß er aber jetzt nach Art. 1304 des B. G. B. damit zu spät komme. — Darauf entgegnete der Kläger, der Verkauf sei unbedingt nichtig und der Art. 1304 spreche nur von solchen Verkäufen, welche der Minderjährige selber abgeschlossen habe. Solche, welche der Vormund, ohne dazu autorisirt zu sein, gethätigt habe, seien so zu betrachten, als wären sie von fremden Personen ausgegangen, weil ohne die Autorisation ihnen jede Qualität zum Verkaufe fehle.

Durch Urtheil vom 8. August 1844 wies das Kgl. Landgericht in Aachen unter Anwendung des Art. 1304 des B. G. B. die Klage ab.

Auf die von Lenz eingelegte Berufung erließ der A. G. H. folgendes confirmatorische

Urtheil:

J. E., daß der Vormund nach Art. 450 des B. G. B. die Person des Mündels in allen Civilgeschäften vertritt, gleichviel ob er diese für sich allein und selbstständig oder nur nach eingeholter Autorisation des Familienrathes und unter Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten vornehmen darf;

Daß wenn dieselbe insbesondere bei der Veräußerung von Mündelgütern erfüllt worden sind, diese so angesehen werden soll, als sei sie von einem Großjährigen vorgenommen worden. Art. 1314 a. a. O.

Daß im entgegengesetzten Falle, wenn der Vormund ohne Autorisation verkaufte, die Veräußerung nicht als eine von einem bloßen Dritten ausgegangene Handlung, vielmehr als ein Akt erscheint, bei dem der Minderjährige vertreten war, der ihm daher auch entgegensteht, und den er nur nach erreichter Großjährigkeit als für ihn ungültig anzufechten befugt ist;

Daß hiermit der Fall der Nullitätsklage gegeben ist, und die allgemeine Bestimmung des Art. 1304 eintritt, nach welcher die Klage auf Vernichtung eines Vertrags, insofern dieselbe nicht durch eine besondere gesetzliche Vorschrift auf eine kürzere Frist beschränkt ist, zehn Jahre dauern soll;

Daß der in dem Schlußsatze des Artikels vorkommende Ausdruck „actes faits par les mineurs" die Absicht, die Nullitätsklage auf diejenigen Fälle, wo der Minderjährige selbst gehandelt, zu beschränken, und im Uebrigen die gewöhnliche Vindikation eintreten zu lassen, nicht documentirt, da hier wesentlich nur der Anfangspunkt der Verjährung festgesetzt werden sollte; dann aber auch jene Worte wegen der Repräsentation des Minderjährigen durch den Vormund die Fälle der andern Alternative in sich schließen;

Daß endlich innere Gründe für eine derartige Unterscheidung nicht sprechen und mit Rücksicht auf den Zusammenhang der in den Art. 1304 u. ff. enthaltenen Bestimmungen mit der Verfügung des Art. 475 angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber alle aus der Minderjährigkeit herrührende Klagen, soweit es irgend das dabei Statt findende Rechtsverhältniß gestattet, durch den Ablauf von zehn Jahren habe erlöschen lassen wollen;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheil des Kgl. Landgerichts in Aachen vom 8. August 1844.

II. Senat. Sitzung vom 6. Juni 1850.

Advokaten: Kyll — Müller. Stupp.

Dienstvertrag. — Salair. — Handlungsgehülfe. — Reisender. — Prokuraführer. — Verjährung.

Der Art. 1781 und die Art. 2271 und 2272 des B. G. B. finden nicht bloß auf rein mechanische

Dienstleistungen, sondern auch auf solche, welche als Ausfluß eines Gewerbes, einer Kunst oder einer Wissenschaft zu betrachten sind, Anwendung, insbesondere auf das Dienstverhältniß der Handlungsgehülfen und Reisenden, selbst wenn sie Prokuraführer sind.*)

Die Salairforderung der Handlungsdiener unterliegt der kurzen Verjährung der Art. 2271 und 2272 selbst dann, wenn nach der Behauptung des Handlungsdieners die Höhe des Salairs nicht vorher bestimmt, sondern einer spätern Feststellung vorbehalten worden ist.

Cohen — Meyer.

Meyer ließ den Cohen im Jahre 1848 vor das Landgericht zu Düsseldorf laden, um sich zur Zahlung von 671 Thl. 7 Sgr. nebst Zinsen und Kosten laut mitgetheilter Rechnung verurtheilen zu hören. Die Klage wurde darauf gegründet, daß Kläger von 1826 bis 1829 als Handlungsgehülfe und von 1829 bis 1845 als Prokuraführer seine ganze Thätigkeit dem Manufakturwaaren-Geschäfte en gros, welches der Verklagte geführt, gewidmet habe, daß dafür dem Kläger das eventuell durch Sachverständige festzustellende in der Rechnung per Jahr verzeichnete Salair gebühre, und der Verklagte auf dasselbe successive in den verschiedenen Jahren die in der Rechnung angegebenen Abschlagszahlungen geleistet habe, wonach der geforderte Betrag noch restire.

Der Verklagte setzte der Klage entgegen: das Salair sei vertragsmäßig festgesetzt und der danach dem Kläger gebührende Betrag auch vollständig gezahlt worden, was auch durch Briefe und sonstige Urkunden nachzuweisen gesucht wurde; übrigens stehe dem Kläger als Handlungsgehülfen die Verjährung der Art. 2271 und 2272, eventuell des Art. 2277 entgegen; endlich sei auch der Verklagte bereit, in Gemäßheit des Art. 1781 eidlich zu erhärten, daß das Salair auf die von ihm angegebenen Beträge festgesetzt und auch bezahlt worden sei. —

Der Kläger gab zu, daß bis zum Jahr 1830 das Salair vertragsmäßig festgestanden, behauptete aber, daß seit

*) Conf. Archiv XXXI, 1, 68. — Contra: Troplong. Prescription zu den angeführten Artikeln.

dieser Zeit dasselbe niemals festgestellt, vielmehr einer spätern, nie erfolgten Liquidation vorbehalten worden sei.

Das Landgericht verwarf die Einrede der Verjährung aus folgenden Gründen:

J. E. die vorgeschützte Einrede der Verjährung anlangend, daß der Kläger die von ihm angestellte Klage darauf gründet, daß er von 1826 bis 1829 als Handlungsgehülfe, von 1829 bis 1845 aber als Reisender und Prokuraführer seine ganze Thätigkeit dem Manufakturgeschäft des Verklagten gewidmet habe, daß ihm zwar für die ersten 5 Jahre ein bestimmtes Salair versprochen worden, für die folgenden aber keine weitere Stipulation getroffen, vielmehr die Regulirung dieses Punktes einer dereinstigen Liquidation überlassen worden sei, daß ihm für die von ihm während der angegebenen Zeit geleisteten Dienste abschläglich 6338 Thlr. gezahlt wären, daß ihm aber theils contractmäßig theils hinsichtlich der Zeit, wo kein Contract bestanden, nach Verhältniß der Dienstleistungen und der Höhe, wie dieselben gewöhnlich bezahlt zu werden pflegen, 13049 Thlr. 7 Sgr. gebührten, und er mithin noch 6711 Thlr. 7 Sgr. zu fordern habe;

J. E. daß aus diesen Anführungen hervorgeht, daß der Kläger hinsichtlich der ersten 5 Jahre, wo ein Contract zwischen den Parteien unbestrittenermaßen bestand, seine völlige Befriedigung erhalten hat, und daß daher in Beziehung auf diese Zeit von einer Verjährungs-Einrede nicht die Rede sein kann;

J. E. die Forderung für die spätern Jahre betreffend, daß, da dem desfallsigen Anspruch nicht ein Vertrag, worin die jährliche oder monatliche Zahlung des Salairs versprochen worden, sondern ein außercontractliches Verhältniß zum Grunde gelegt wird, wobei auf der einen Seite fortdauernd Dienste geleistet, auf der andern aber Geld-Entschädigung fällig wurde, die jeden Augenblick gefordert werden konnte, und hinsichtlich derer auch fortwährend Abschlagszahlungen geleistet worden sind, hinsichtlich des so begründeten Anspruches nicht die sechs monatliche resp. einjährige Verjährung der Art. 2271 und 2272 oder die 5jährige des Art. 2277 des B. G. B., sondern nur die gewöhnliche 30jährige Platz greift, welche mit dem Tage, wo das Dienstverhältniß sich löst, beginnt.

Daß hiernach die vorgeschützte Einrede in sich zerfällt.

Digitized by Google

Auf die gegen dieses Urtheil von dem Verklagten eingelegte Berufung erkannte der A. G. H. reformatorisch, wie folgt:

J. E., daß die Forderung des Appellanten nach dem Inhalte der Vorladung sich unzweifelhaft auf einen Dienstmiethvertrag stützt, der seiner Behauptung nach nur in so fern von den gewöhnlichen Verträgen dieser Art sich unterscheiden soll, daß für einen Theil der Dienstjahre der Dienstlohn nicht vorher bestimmt, sondern einer spätern Feststellung vorbehalten worden ist;

Daß die Art. 1779 §. 1, 1780 und 1781 des B. G. B., welche von dem gewöhnlichen Dienstmiethvertrage handeln, bei der Aufstellung der allgemeinen Regeln für denselben einen Unterschied zwischen rein mechanischen und solchen Dienstleistungen, die als Ausfluß eines Gewerbes, einer Kunst oder einer Wissenschaft zu betrachten sind, nicht statuiren; daß daher auch der Gesetzgeber, um alle Fälle gleichmäßig umfassen zu können, zur Bezeichnung der Diener, der Dienstleistungen und des Dienstlohnes sich ganz genereller Ausdrücke bedienen mußte, die eben darum nicht in einem eingeschränkten Sinne verstanden werden dürfen;

Daß die Art. 2271 und 2272 ibidem, welche die Forderungen für gewisse Dienste und Lieferungen, je nachdem sie in einem Jahre oder in kürzerer Zeit fällig sind, der einjährigen oder sechsmonatlichen Verjährung unterworfen, nach Aufzählung einzelner spezieller Fälle sich ebenfalls der nämlichen generellen Ausdrücke bedienen, die auch in den oben erwähnten Bestimmungen über den Dienstmiethvertrag gebraucht sind;

Daß deshalb nothwendiger Weise auch hier jene generellen Ausdrücke einer restriktiven Interpretation nicht unterworfen werden können und namentlich unter den Ausdrücken, „ouvriers, gens de travail und domestiques“ nicht bloße Tagelöhner und Dienstboten verstanden werden können, und zwar um so weniger, als der Grund des Gesetzes, aus welchem die Forderungen von Dienern gegen die Dienstherren wegen geleisteter Dienste einer 6monatlichen resp. einjährigen Verjährungsfrist unterworfen sind, in ganz gleicher Weise auch bei denjenigen Dienern Platz greift, deren Dienstleistungen nicht in rein mechanischen Verrichtungen bestehen;

Daß daher hier, wo nach der Aufstellung des Appellaten sein Salair, welches er für die bis zum Jahre 1845 ge-

Digitized by Google

leisteten Dienste als Commis-Reisender und Prokuraführer des Appellanten verdient haben will, jahresweise bestimmt worden ist resp. bestimmt werden sollte, die Verjährung der Forderung in Gemäßheit des Art. 2272 cit. nach Jahresfrist eingetreten ist und Appellant durch die Verwerfung seiner Verjährungs-Einrede gegen die erst im Jahre 1848 angestellte Klage allerdings beschwert erscheint, indem insbesondere die vom ersten Richter angeführten Gründe mit der klaren Verfügung des Art. 2274 ibidem in direktem Widerspruche stehen.

III, Senat. Sitzung vom 19 Juni 1850.

Advokaten: Widenmann — Forst.

Bürgschaft. — Handelsgericht. — Competenz.

Die von einem Nichtkaufmanne für eine Handelsschuld geleistete Bürgschaft begründet die Competenz des Handelsgerichts; *)

Selbst dann, wenn zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft gegen den Schuldner bereits ein verurtheilendes friedensgerichtliches Erkenntniß ergangen und die Bürgschaft gerade zur Abwendung der Vollstreckung dieses Urtheils übernommen war. **)

Mathieu — Petazzi.

Die Wirthin Wittwe Kluster verschuldete dem Weinhändler Petazzi für Wein zum Behuf ihrer Wirthschaft 30 Thaler. Petazzi erwirkte gegen die Schuldnerin ein Urtheil beim Friedensgerichte, und als er dieses zur Vollstreckung bringen wollte, verbürgte Mathieu sich für die Schuld. Später belangte nun Petazzi den Bürgen Mathieu beim Han-

*) Vergleiche Archiv Bd. 37 Abth. 1. S. 91 u. 224. — Réjet vom 16. Juni 1846. (Sir. Dev. 1846, 1, 441. u. die in der Note enthaltenen Citate.)

**) Cadrès, le Code civil mis en rapport avec le droit commercial p. 234 nimmt an, daß die Verbürgung für eine aus einem Urtheil, auch des Handelsgerichts, resultirende Schuld eine reine Civilverbindlichkeit darstelle, weil das Urtheil eine Novation in der Schuld bewirkt habe.
Ebenso: Poitiers 14. Mai 1834. (Sir. Dev. 1834, 2, 370.)

Digitized by Google

delsgerichte zu Gladbach, woselbst der Verklagte die Einrede der Inkompetenz vorschützte, weil er sich nicht für eine Handelsschuld, sondern für eine aus einem Urtheile resultirende Civil-Schuld verbürgt habe.

Das Handelsgericht verwarf jedoch durch Urtheil vom 3. April 1850 die Einrede der Incompetenz, indem es erwog: daß in dem die Verbürgung beurkundenden Schreiben eine Hindeutung auf die Natur der Forderung nicht enthalten sei, der Bürge also in dieser Beziehung gegen sich dasselbe gelten lassen müsse, was gegen die Schuldnerin selbst gelte; daß nun unbestritten feststehe, daß die Schuldnerin den Wein als Gastwirthin bezogen habe, hieraus aber die commerzielle Natur der Forderung folge; daß die Belangung der Schuldnerin auf Zahlung vor dem Friedensgerichte und die Erwirkung eines condemnatorischen Urtheils daselbst diese der Forderung anklebende Natur nicht habe alteriren können, da das Friedensgericht nach der Verordnung vom 11. Mai 1843 durch die bloße Einlassung der Parteien auch über Handelsforderungen zu erkennen befugt werde; daß demnach der Verklagte wegen der Verbürgung für diese noch immer als eine commercielle zu erachtende Forderung mit Recht vor dem Handelsgerichte belangt worden sei.

Der A. G. H. bestätigte dieses Urtheil, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums, aus den Gründen des ersten Richters.

II. Senat. Sitzung vom 20. Juni 1850.

Advokaten: Stupp. — Widenmann.

Collocation. — Präklusion. — Löschungs-Ordonnanz. — Hypothekenrecht.

Der eingetragene Gläubiger, welcher, zum Collocations-Verfahren gerufen, nicht producirt, und die im Art. 759 der B. P. O. vorgesehene Verlustigungs-Erklärung und Löschungs-Ordonnanz gegen sich ergehen läßt, verliert sein Hypothekenrecht nicht nur den utiliter locirten Hypothekar-Gläubigern und dem Erwerber.

Digitized by Google

sondern auch den Chirographar-Gläubigern gegenüber. *)

Grafe'sches Falliment — Handlung Hecker u. Söhne.

Das Sachverhältniß und das Urtheil erster Instanz (Landgericht zu Elberfeld 24. Dezember 1849.) sind enthalten in der zweiten Abtheilung Litt. B. des gegenwärtigen Bandes S. 3—5. Das Landgericht sprach eine der obigen entgegengesetzte Ansicht aus und erstreckte die Wirkung der Verlustigungs- und Löschungs-Erklärung nicht auf das Verhältniß zu den Chirographar-Gläubigern, erkannte vielmehr dem präkludirten Hypothekar-Gläubiger, nach wie vor, ein Vorzugsrecht vor den Chirographar-Gläubigern auf den noch erkennbar vorliegenden Kaufpreisrest zu. Es hatte sich indeß auch schon beim Landgerichte eine andere Ansicht der Sache geltend gemacht, welche ebenfalls a. a. O. abgedruckt ist.

Der Syndik des Falliments legte Berufung von dem landgerichtlichen Urtheil ein. Das öffentl. Ministerium concludirte im Sinne des angegriffenen Urtheils; der Hof erkannte jedoch reformatorisch, wie folgt:

In E., so viel den beim Schluß des Collocations-Verfahrens gegen die Appellatin ausgesprochenen Verlust ihrer Rechte betrifft:

Daß die Hypothek durch den zwangsweise oder unter Beobachtung der Formen des Reinigungsverfahrens freiwillig Statt findenden Verkauf des Grundstückes ihre Erledigung findet und in ein Recht auf den erzielten Kaufpreis verändert wird, zu dessen nähern Feststellung und Geltendmachung das Collocationsverfahren vorgeschrieben ist;

Daß Appellatin in dem rücksichtlich der fraglichen Kaufgelder eingeleiteten Collocationsverfahren der erhaltenen Aufforderung ungeachtet unterlassen hat, wegen ihrer Hypothekarforderung auf die fraglichen Kaufgelder Ansprüche geltend zu machen;

Daß in Folge dieser Versäumniß der Appellatin dem Appellanten als Vertreter der Chirographar-Gläubiger des

*) Im entgegengesetzten Sinne siehe die Urtheile des Cassationshofes zu Paris vom 10. Juni 1828 u. 15. Febr. 1837. (Sirey 28. 1. 242. Sir. Dev. 1837. 1. 188.); ferner Carré Chauveau ad Art. 759. ju. 2576. ter.

Falliten, nachdem er, zu dem Collocationsverfahren vorschriftsmäßig zugezogen, die provisorische Locirung des angeblichen Hypothekar-Gläubigers Moll angefochten, und ein in Rechtskraft übergegangenes Urtheil, welches die Löschung dieser Locirung verordnete, erwirkt hatte, beim Schlusse des Collocationsverfahrens Zahlungsanweisung auf die Ansteigerer für den durch die Forderungen der utiliter locirten Hypothekargläubiger nicht absorbirten, im provisorischen Status dem vorerwähnten Moll zugewiesenen Rest der zu vertheilenden Kaufgelder ertheilt, und zugleich gegen die Appellatin als Folge der unterlassenen Produktion den Verlust ihrer Hypothekarrechte auf die Theilungsmasse ausgesprochen und die Löschung ihrer Inscription von Amtswegen verordnet ist;

J. E., daß diese, in Gemäßheit des Art. 759 der B. P. O. erlassene, die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung habende, und sowohl zu Gunsten des Ansteigerers und der utiliter locirten Hypothekargläubiger als auch zu Gunsten des die Chirographargläubiger vertretenden Appellanten erfolgte Ordonnanz des Commissars den gänzlichen und unbedingten Untergang des Hypothekarrechts der Appellatin resp. ihres Vorzugsrechtes an den fraglichen Kaufgeldern festgestellt hat;

Das hiernach das angefochtene Urtheil nach dem Antrage des Appellanten zu reformiren ist;

II. Senat. Sitzung vom 27. Juni 1850.

Advokaten: Widenmann — Wallraff.

Makler. — Einmischung in ihr Amt. — Gültigkeit des Geschäfts.

Handelsverträge, welche durch Vermittelung unqualifizirter Personen (Nichtmakler) geschlossen worden, sind nicht an sich nichtig; der Beweis ihres Abschlusses kann auf jede gesetzliche Weise geführt werden.

Art. 7 des Gesetzes vom 28. Ventôse IX.
Consularbeschluß vom 27. Prairial X.

Cron — Kappel.

Der Handelsmann Kappel aus Hersel schloß mit dem Kaufmann Ludwig Cron in Köln durch die Vermittelung

Digitized by Google

von Samuel Wolf, Geschäftsführer des zu Köln bestandenen Commissionsgeschäftes Kapferer et Wolff einen Fruchtlieferungsvertrag, nach welchem Kappel von Cron 300 Kölner Malter Korn, à 2⅝ Scheffel, zu dem Preise von 6 Thlr. 23 Sgr. 6. Pfg. per Malter, lieferbar im Monate Mai 1847 frei Ufer Köln gegen baare Zahlung ankaufte. Cron weigerte der ihm am 1. u. 14. Juni 1847 zugestellten Aufforderungen ungeachtet die Ablieferung dieser Frucht an Kappel, weshalb Letzterer am 18. Juni 1847 beim Handelsgerichte zu Köln eine Klage auf Auflösung des Lieferungsvertrages und auf Schadensersatz gegen Cron anstellte. Cron bestritt die Existenz des Kaufgeschäftes, und nachdem über die Führung des desfallsigen Beweises erkannt und Zeugen vernommen waren, kam die Sache beim Handelsgerichte zur Schlußverhandlung, wobei Cron subsidiarisch den Vertrag als nichtig angriff, indem dieser Lieferungsvertrag, wenn er als bewiesen angenommen werden könne, von Seiten des ꝛc. Wolff nur durch unbefugten Eingriff in das Amt als Makler zu Stande gekommen sei. In dem hierauf von dem Handelsgerichte zu Köln am 15. März 1849 erlassenen Urtheile erklärte dasselbe diese Nichtigkeitseinrede als ungegründet, den dem ꝛc. Kappel auferlegten Beweis für erbracht, und demzufolge den am 10. Juni 1846 abgeschlossenen Lieferungsvertrag für aufgelöst, unter Verurtheilung des Cron in den noch näher zu liquidirenden Schaden und in die Prozeßkosten.

Am 18. April 1849 ergriff Cron gegen dieses Erkenntniß die Berufung, worauf der Rh. Appellationsgerichtshof am 14. Oktober 1850 folgendes konfirmatorische Urtheil erließ:

In E., was zunächst die von dem Appellanten wieder vorgebrachte Einrede der Nichtigkeit des in Frage stehenden Kaufgeschäftes betrifft, daß der Art. 7 des Gesetzes vom 28. Ventôse IX an allen Orten, an welchen eine Börse errichtet worden, den ernannten Mäklern mit Ausschließung aller anderen Mittelspersonen das Recht einräumte, den Abschluß von Handelsverträgen vor Gericht nachzuweisen;

Daß zwar der in Vollziehung jenes Gesetzes erlassene Consularbeschluß vom 27. Prairial X im Art. 7 außerdem noch die Nichtigkeit aller durch unqualifizirte Mittelspersonen gemachten Negotiationen ausspricht;

Daß diese Bestimmung jedoch nicht so ausgelegt werden darf, daß dadurch alle durch nicht qualifizirte Mittelsperso-

Digitized by Google

nen zu Stande gebrachten Handelsverträge unter den Parteien selbst materiell für ungültig und wirkungslos erklärt worden wären;

Daß vielmehr sowohl nach der damals in Frankreich geltenden Staats-Verfassung, als auch nach der Fassung des in Rede stehenden Artikels, der sich ausdrücklich als eine bloße Ausführung resp. Entwickelung des Art. 7 des Gesetzes vom 28. Ventôse IX ankündigt, jene Bestimmung nur dahin verstanden werden kann, daß dadurch den von unqualifizirten Personen besorgten und constatirten Mäkler-Geschäften und Unterhandlungen (négociations) vor Gericht jede Beweiskraft abgesprochen werden sollte, so daß bei dem Vorhandensein anderer Beweismittel die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen der Contrahenten durch den bezogenen Artikel nicht alterirt werden;

Daß daher, selbst abgesehen von der Frage, ob überhaupt die Commissionshandlung Kapferer in dem gegebenen Falle und ungeachtet der Appellat seinen Wohnsitz am hiesigen Platze nicht hatte, sich dennoch einen Eingriff in den Geschäftskreis der hiesigen Mäkler erlaubt habe, der Appellant durch die angegriffene Entscheidung in Betreff der vorgebrachten Nichtigkeitseinrede in keiner Weise beschwert worden ist;

Daß in der Sache selbst aber der erste Richter in den vorliegenden Beweisverhandlungen mit Recht den Nachweis für den Abschluß des in Streit begriffenen Lieferungsgeschäftes gefunden hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. Appellationsgerichtshof die Berufung wider die Urtheile des Kgl. Handelsgerichts zu Köln vom 18. Januar und 15. März 1849 und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten. *)

I. Senat. Sitzung vom 14. Oktober 1850.

Advokaten: Herbertz — Dr. Thesmar.

Expropriation. — Kosten.

Die Kosten der gerichtlichen Feststellung der dem Expropriirten gebührenden Entschädigung hat

*) In gleichem Sinne entschied der III. Senat am 3. Mai 1849 in Sachen: Becker — Kaufmann.

Digitized by Google

in allen Fällen die expropriirende Eisenbahngesellschaft zu tragen, und zwar auch dann wenn sie eine Entschädigungssumme angeboten hatte, welche den gerichtlich festgestellten Betrag übersteigt. Art. 1593 des B. G. B.

Maas — Bergisch-Märk. Eisenbahngesellschaft.

Nachdem die bergisch-märkische Eisenbahngesellschaft gegen Maas mehre Grundstücke expropriirt hatte, klagte sie gegen denselben auf Feststellung der Entschädigung, indem sie zugleich das Anerbieten ihm 3000 Thlr. zu zahlen, wiederholte. Maas lehnte dies Anerbieten ab, und bestand auf der Ermittelung durch Sachverständige. Diese wurde verordnet und hatte Statt. Nachdem das Gutachten der Sachverständigen eingegangen war, setzte das Kgl. Landgericht in Elberfeld die Entschädigung auf 2452 Thlr. fest, und verurtheilte den Maas in die Kosten. Die Condemnation des Maas in die Kosten wurde durch die Thatsache motivirt, daß er das von der Gesellschaft gemachte Anerbieten abgelehnt hatte.

Maas appellirte von dem Urtheil, stellte seine Forderung auf 3600 Thlr. und beantragte zugleich die Verurtheilung der Gesellschaft in die Kosten der ersten Instanz.

Der Appellationsgerichtshof stellte in der Hauptsache die Entschädigung auf 2499 Thlr. fest und erkannte rücksichtlich des Kostenpunktes, wie folgt:

In E., daß zu der nach Analogie des Art. 1593 des B. G. B. von dem Expropriirenden ausschließlich zu tragenden Kosten die durch die Feststellung der dem Expropriirten gesetzlich zu leistenden Entschädigung veranlaßten gehören und Letzterer zu fordern hat, daß diese Feststellung im gerichtlichen Wege erfolge, daß daher jene Verpflichtung in dem vorliegenden Falle dadurch nicht ausgeschlossen wurde, daß dem Appellanten in erster Instanz eine geringere Entschädigung zuerkannt wurde als ihm von der Appellatin außergerichtlich bereits angeboten war, und demzufolge der Appellant durch die gegen ihn ausgesprochene Verurtheilung in die Kosten erster Instanz beschwert worden ist;

Aus diesen Gründen

setzt der Kgl. Rh. A. G. H. unter theilweiser Abänderung

des Urtheils des Landgerichtes in Elberfeld vom 31. Oktober 1848 die dem Appellanten gebührende Entschädigung auf 2499 Thlr. fest; verurtheilt die Appellatin zur Zahlung dieser Summe und in die Kosten der ersten Instanz.

II. Senat. Sitzung vom 28. November 1850.

Advokaten: Kyll — Stupp.

Friedensgerichtslokale. — Gestellung derselben.

Die Gemeinden des linken Rheinufers sind nicht verpflichtet die Friedensgerichtslokale zu beschaffen, deren Beschaffung ist vielmehr eine Staatslast. Ges. vom 30. Mai 1820, §. 10.

Regierung zu Trier — Gemeinde Bittburg.

Das Friedensgericht zu Bittburg benutzt seit länger als 1820 ein Lokal in einem der Gemeinde zugehörigen Gebäude. Diese behauptend, sie habe das Lokal für eine fünfte Schule nöthig, belangte die Kgl. Regierung auf Räumung desselben. Die Regierung behauptete, die Verpflichtung der Gemeinde das Lokal herzugeben, originire aus dem Gesetz vom 30. Mai 1820 §. 10 und aus einem Vertrage, den zu beweisen sie sich erbot. Das Kgl. Landgericht zu Trier verwarf unter'm 26. März 1849 die gesetzliche Verpflichtung, gestattete den Beweis des Vertrages und zwar aus folgenden Gründen:

J. E., daß die französische Gesetzgebung den Gemeinden keine Verpflichtung auferlegte, die Amtslokalien der Friedensgerichte zu beschaffen; daß das Gesetz vom 11. Frimaire J. VII, welches nach einigen Abänderungen durch das kaiserliche Dekret vom 7. Oktober 1809 wieder hergestellt wurde, die Gerichtskosten, sowie die Kosten der Erbauung, ersten Einrichtung und großen Reparaturen der einem öffentlichen Gebrauch gewidmeten Gebäude als Staatslasten bezeichnet, während es die Kosten der Unterhaltung und kleinen Reparaturen zu den Departemental-Ausgaben rechnet;

Daß diese Bestimmungen auch auf die Friedensgerichtslokale ihre Anwendung finden müssen, weil das Gesetz bei Aufzählung der Communal- und Munizipal-Ausgaben hinsichtlich der Friedensgerichte keine besondern Verfügungen trifft;

Digitized by Google

Daß auch die Preußische Gesetzgebung die Gemeinde nicht zur Beschaffung der Friedensgerichtslokalien verpflichtet hat; daß zwar das Gesetz vom 30. Mai 1820 über die Einrichtung des Abgabenwesens im §. 10 Nro. c verfügt: „jedoch verbleiben beide Behörden (Gerichte und Polizei) im ungestörten Besitz der Lokale, die sie gegenwärtig inne haben," daß aber dieser Nachsatz nur eine Modification der unmittelbar vorhergehenden Bestimmung enthält, wonach die Verpflichtung der Gemeinden zur Unterhaltung der Gerichts- und Polizeibehörden aufhören soll; daß es die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein kann, durch diesen Nachsatz neue Verbindlichkeiten zu creiren; daß vielmehr die darin enthaltene Bestimmung nur da anwendbar ist, wo bis 1820 eine Verpflichtung der Gemeinden zur Unterhaltung der Gerichtsbehörden resp. zur Beschaffung der Gerichtslokalien bestanden hatte; ein Fall, welcher in concreto nicht vorliegt;

J. E., daß wenn hiernach eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinde Bittburg zur Stellung des friedensgerichtlichen Lokals nicht besteht, jedenfalls der vom Fiskus erbotene Beweis erheblich ist: daß die Gemeinde jene Verpflichtung freiwillig übernommen habe;

Gegen dieses Urtheil hat die Kgl. Regierung die Berufung eingelegt, zu deren Rechtfertigung ihr Anwalt bemerkte:

Der Anspruch des Fiskus werde auf den §. 10. litt. c. des Gesetzes vom 30. Mai 1820 gegründet; dieses Gesetz sei für den ganzen Umfang der Monarchie erlassen und daher auch auf die Rheinprovinz um so gewisser anwendbar, als die allgemeine Fassung des Schlußsatzes eine Beschränkung auf einzelne Provinzen gänzlich ausschließe; ob die Regierung bei Emanation des Gesetzes von 1820 in einem rechtlichen oder blos faktischen Besitze gewesen, darauf komme es gar nicht an, denn das Gesetz selbst mache eine solche Distinction nicht.

Die Richtigkeit dieser Interpretation ergebe sich am Besten aus der Deklaration vom 3. Oktober 1821, die für den Satz, daß die Gemeinden verpflichtet seien, diejenigen Lokalien, welche bisher schon zum Sitze der Gerichte gedient haben, wie dies in Bittburg der Fall sei, auch ferner den Gerichten unentgeltlich einzuräumen, blos interpretirend sei. Diese Verpflichtung sei hier ganz allgemein für alle Provinzen ausgesprochen.

Digitized by Google

Der appellatische Anwalt bemerkte unter Anderem: Wenn die Stellung des Friedensgerichtslokals eine Gemeindelast sei, so habe der ganze Canton, nicht blos der Hauptort dasselbe zu stellen; daß das Landgericht das Gesetz von 1820 richtig interpretirt, ergebe sich noch aus einem Gesetze vom 4. Mai 1820, (Ges. Samml. 1820 p. 66. Kamptz Jahrb. XVIII. p. 280.) aus welchem der §. 10. c. — entlehnt sei, und wo offenbar nur von ehemaliger Stadtgerichtsbarkeit und einem nicht blos faktischen Einräumen des Lokals die Rede sei, sodann aus der Ueberschrift der Deklaration von 1820 und dem Umstande, daß diese gar nicht an die Rheinischen Gerichte geschickt worden.

Urtheil:

J. E., daß der zuerst durch das Dekret vom 4. August 1789 eingeführte und dann in allen spätern Verfassungen theils aufgestellte, theils als selbstverstanden vorausgesetzte Grundsatz: die Rechts Verwaltung sei eine Angelegenheit des ganzen Staats, von selber zur Folge hat, daß auch alle Kosten derselben vom Staate getragen, also aus den allgemeinen Staats-Abgaben bestritten werden müssen;

Daß dieser Grundsatz in sehr vielen Gesetzen und kaiserlichen Dekreten Bestätigung gefunden hat, und namentlich in den Gesetzen vom 15. Frim. J. VI. 11. Firm. J. VII, 13. Flor. J. X, und in den Dekreten vom 7. Oktober 1809 und vom 18. Juni 1811;

Daß die Beschaffung der Gerichts-Lokalien zu den Kosten gehören, welche nach Inhalt jener Gesetze entweder den Staat im Ganzen, oder wenigstens die Gerichts-Bezirke treffen;

Daß es zur Entscheidung der zwischen den Parteien streitigen Frage also darauf ankommen wird, ob die spätere Gesetzgebung eine Aenderung hierin verfügt oder die Parteien selbst vertragsmäßig etwas anderes bestimmt haben;

Daß die Kgl. Regierung in Trier eine solche Aenderung behauptet, welche durch das Gesetz über die Einrichtung des Abgabenwesens vom 30. Mai 1820 §. 10 Litt. c. eingetreten sei;

Daß dies Gesetz die Staats-Steuern regulirt und im §. 1 bestimmt, welche Arten von Abgaben künftighin für den ganzen Umfang des Staats und von allen Bürgern ohne Ausnahme entrichtet werden sollen, wogegen im §. 9 folge-

Digitized by Google

richtig gesagt wird, daß alle andern auf Provinzial-Rechten oder städtischen Einrichtungen beruhenden Steuern aufhören;

Daß nun der §. 10 ferner als ausgeglichen durch die allgemeinen Staats-Abgaben und als aufhörend diejenigen Lasten bezeichnet, welche die einzelnen Bürger und die Stadt-Gemeinden für das Militair und die Gerichts-Behörden bisher getragen hatten;

Daß in dieser Verbindung auch der §. 10 im letzten Absatz verstanden werden muß, worin das Wegfallen der von den Stadtgemeinden zur Unterhaltung der Gerichtsbehörden bis dahin geleisteten Beiträge als natürliche Folge des neu eingerichteten Abgabenwesens bestimmt wird;

Daß folglich diese Bestimmung des Gesetzgebers eine Gerichtsbarkeit des Magistrats voraussetzt, die entweder wirklich noch bestand, oder wenigstens früher bestanden hatte und die Stadtgemeinden zur Leistung von Beiträgen verpflichtete;

Daß mithin diese ganze gesetzliche Bestimmung nicht für die Gerichts-Verfassung der Rheinprovinz gegeben war und daher auf dieselbe auch die Ausnahme von der Aufhebung der bisherigen Leistungen nicht anwendbar ist, welche darin besteht, daß die Gerichtsbehörden im ungestörten Besitz der bisher innegehabten, der Stadtgemeinde eigenthümlich zugehörigen Lokalien bleiben sollen;

Daß hiernach die neuere Gesetzgebung für die Rheinprovinz den Grundsatz nicht geändert hat, daß alle Kosten und Lasten der Gerichtsbarkeit ausschließlich aus den allgemeinen Staatsabgaben zu tragen sind;

Daß die noch von der Appellantin als authentische Deklaration angeführte Kabinets-Ordre vom 3. Oktober 1820, nicht gesetzlich publicirt, sondern nur in einem Rescript des damaligen Justiz-Ministers vom 2. November 1821 erwähnt, daher deren Inhalt nicht entscheidend ist, wenn auch wirklich das Gesetz vom 30. Mai 1822 zu irgend einem Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers Veranlassung gäbe; daß hiernach der erste Richter mit Recht auf den Beweis der von der Appellantin behaupteten vertragsmäßigen Uebernahme der Verpflichtung erkannt hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl.

Digitized by Google

Landgerichts in Trier vom 26. März 1849 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die Kosten dieser Instanz.

III. Senat. Sitzung vom 18. Dezember 1850.

Advokaten: Widenmann — von Hontheim.

Subhastationsverfahren. — Beschlagnahmeverfügung. — Zuziehung des Gerichtsschreibers.

Ist die Zuziehung des Friedensgerichtsschreibers zur Beschlagnahmeverfügung im Subhastationsverfahren bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich? Subh.-Ordnung vom 1. Aug. 1822 §§. 5. 32. B. P. O. Art. 1040.

Die vorstehende Frage ist in der letzten Zeit bei dem Appellationsgerichtshofe mehrfach zur Sprache gekommen, und von den drei Senaten desselben in verschiedenem Sinne gelöst worden. Für die bejahende Meinung ist bei den Verhandlungen der betreffenden Prozeßsachen angeführt worden, daß die Subhastationsordnung an den allgemeinen Grundsätzen über die Stellung und Qualifikation des Friedensrichters nichts ändere, daß derselbe daher auch für die Handlungen des Subhastationsverfahrens an die Vorschrift des Art. 1040 der B. P. O. gebunden, und diese Vorschrift so wesentlich sei, daß sie auch ohne besondere Androhung die Nichtigkeit nach sich ziehe. Dieser Ansicht hat sich der zweite Senat angeschlossen.

Dagegen ist aufgestellt worden, daß die Subhastationsordnung ein Specialgesetz sei, welches nur aus sich interpretirt werden dürfe, und daß aus einer Vergleichung der Bestimmungen über die Beschlagnahmeverfügung in §. 5, in welcher von dem Gerichtsschreiber keine Rede sei, mit den Verfügungen über die Licitation in §§. 18 und 22, in welchen die Verhandlung an öffentlicher Gerichtsstelle und die Zuziehung des Gerichtsschreibers vorgeschrieben sei, keinen Zweifel darüber lasse, daß der Gesetzgeber bei der Beschlagnahmeverfügung absichtlich den Gerichtsschreiber nicht erwähnt habe. So hat der erste Senat geurtheilt.

Jedenfalls, wurde für diese Meinung weiter angeführt, sei

Digitized by Google

die Beobachtung des Art. 1040 der B. P. O., wenn derselbe zur Anwendung kommen könne, nicht bei der Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben. So endlich hat der dritte Senat erkannt.

Die drei Urtheile lauten folgendermaßen.

I. Fall. Urtheil des II. Senats.

J. E., daß zwar die Subhastationsordnung der Anwesenheit des Gerichtsschreibers nur beim Licitationstermine ausdrücklich erwähnt; daß aber der Art. 1040 der B. P. O. allgemein und für alle richterliche Beamte ohne Ausnahme bestimmt, daß der Richter bei gerichtlichen Verhandlungen, wozu nach §. 5 der Subhastationsordnung das Beschlagnahmeprotokoll unzweifelhaft gehört, vom Gerichtsschreiber assistirt sein muß;

Daß dieser die Beglaubigung gerichtlicher Verhandlungen bedingende und dieselbe garantirende Grundsatz für so wesentlich zu erachten ist, daß dessen Nichtbeobachtung, auch ohne besondere Androhung der Nichtigkeit, solche dennoch zur Folge haben muß, weil dem Richter allein dadurch die Befugniß zur Aufnahme gerichtlicher Protokolle entzogen ist;

Daß hiernach ein förmliches gerichtliches Beschlagnahmeprotokoll, welches vom Richter ohne Assistenz des Gerichtsschreibers nicht aufgenommen werden konnte, als vorhanden nicht anzunehmen, mithin die Beschlagnahmeverhandlung und Alles, was darauf erfolgte nach §§. 5 und 32 der Subhastationsordnung nichtig ist, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 25. Januar 1850.

Advokaten: Müller — Compes.

II. Fall. Urtheil des III. Senates.

Kreutz — Ernst.

J. E., daß durch den §. 1 der Subh.-Ordnung vom 1. August 1822 die Friedensrichter als beständige Commissarien der Landgerichte für die Leitung des Subhastationsverfahrens ernannt worden sind;

Daß zwar sowohl hierdurch als auch durch die übrigen Verfügungen der Subh.-Ordnung die Aufhebung der für das Subhastationsverfahren bis dahin bestandenen, in den Titeln 12 und 13 des 5. Buchs des I. Theils der Rhein. Gerichtsordnung enthaltenen Vorschriften bewirkt worden ist, so wie

Digitized by Google

dieses der §. 41 der Subh.-Ordnung auch noch ausdrücklich verfügt;

Daß aber der Friedensrichter, indem derselbe als Commissar des Landgerichtes ein Subhastationsverfahren leitet, als Richter sein Amt ausübt und als solcher alle diejenigen Vorschriften der Rhein. P. O., welche letztere für ihn als gemeines Recht besteht, zu beobachten hat, welche diese dem Richter in Beziehung auf die Ausübung seiner Amtsverrichtungen im Allgemeinen vorschreibt; daß wenn nun aber der Art. 1040 der B. P. O. verlangt, daß alle zu den Amtsverrichtungen des Richters gehörigen Akte und Protokolle an dem Orte vollzogen werden sollen, wo das Gericht seinen Sitz hat, und daß der Richter dabei allemal den Gerichtsschreiber zuziehen muß, auch der Friedensrichter diese für alle richterlichen Handlungen überhaupt ertheilte Vorschrift bei den ihm vom Gesetze aufgetragenen Subhastationen zu beobachten hat, weil derselbe hierbei nur in seiner Eigenschaft als Richter handelt und die Subhastationsordnung nirgendwo eine Bestimmung enthält, welche mit der Beobachtung derselben im Widerspruche stände; daß folglich die protokollarische Verhandlung des Friedensrichters des Bezirks II zu Aachen vom 24. November 1829, so wie die derselben gefolgte Immobilar-Beschlagnahme von demselben Tage, da weder bei der einen noch bei der andern der Gerichtsschreiber assistirt hat, als mangelhaft erscheint, und der Vorschrift des vorhin bezogenen Art. 1040 der B. P. O. nicht entspricht; daß jedoch diese Unvollständigkeit die daraus von den Appellanten hergeleitete Nichtigkeit des gegen sie eingeleiteten Subhastationsverfahrens aus dem Grunde nicht zur Folge haben kann, weil die absolute Nichtigkeit der betreffenden Verhandlung für den Fall der Nichtbeobachtung der Vorschrift des Art. 1040 der B. P. O. von dem Gesetze nicht ausgesprochen worden ist;

Aus diesen Gründen

u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 3. Juli 1850.

Advokaten: Müller — Seligmann.

In einem Urtheil vom 4. Dezember 1850 in Sachen Poensgen — Kalenberg hat der dritte Senat ebenfalls den Antrag auf Vernichtung einer ähnlichen Beschlagnahmeverfügung zurückgewiesen.

Digitized by Google

III. Fall. Urtheil des I. Senates.

Lütgen — Koelges.

J. E., daß das Gesetz vom 1. August 1822, welches für die Subhastation von Immobilien unter Aufhebung aller früheren über diesen Gegenstand bestandenen Verordnungen ein Spezialgesetz bildet, das dabei zu beobachtende Verfahren genau vorschreibt und die Akte bezeichnet, welche vor dem Richter, und solche, welche vor ordentlicher Gerichtsstelle und unter Assistenz des Gerichtsschreibers vorgenommen werden sollen;

Daß namentlich in den §§. 18 und 22 l. c. nur bei der Lizitation von der Assistenz dieses Beamten Erwähnung geschieht, der Mangel desselben bei der Beschlagnahme und den übrigen von dem Friedensrichter vorzunehmenden Handlungen, bei welchen das spezielle Gesetz die Zuziehung des Gerichtsschreibers nicht ausdrücklich erfordert, daher eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht begründen kann;

Aus diesen Gründen

u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 2. Dezember 1850.

Advokaten: Müller — Nacken.

Zahlung. — Subrogation. — Vorbehalt.

Die Einsetzung in die Rechte des Gläubigers muß gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen; — eine erst nach der Zahlung geschehene Subrogation oder Uebertragung der Rechte des befriedigten Gläubigers ist selbst dann unwirksam, wenn sie bei der Zahlung vorbehalten oder die Zahlung an die Bedingung einer demnächstigen Subrogation geknüpft war.

Art. 1250 Nro. 1 des B. G. B. *)

Dickmann — Fischer und Grothaus.

J. F. Rumpel hatte eine hypothekarische Forderung von 1400 Thlr. an F. Grothaus. Am 30. Oktober 1843 stellte

*) In diesem Sinne *Zachariae* §. 321. not. 5. *Troplong.* Hypothèques Nro. 353. *Toullier* ad hunc tit. Nro. 116. *Cass.*

Rumpel eine notarielle Vollmacht aus, mittelst welcher er einen gewissen Mombächer ermächtigte, die gedachte Forderung nebst Zinsen vom 20. Juni 1843 dem J. F. Dickmann zu cediren, von welchem er am gedachten Tage hierfür durch baare Zahlung befriedigt worden sei. Erst am 13. Januar 1849 (nachdem Grothaus die Löschung der Inscription verlangt hatte) übertrug nun Mombächer als Mandatar von Rumpel, der Wittwe Dickmann, Erbin des J. F. Dickmann die gedachte Forderung mit allen Accessorien, indem er bekannte, daß sein Vollmachtgeber Rumpel durch die für Rechnung desselben an den Notar Alhaus von J. F. Dickmann unterm 19. Juni 1843 geleistete Zahlung des

---

30 juill. 1838 (Sirey. Dev. 1838, 1, 673.) und die hier in der Note enthaltenen Citate. Contra: *Duranton* ad h. tit. Nro. 116 in fine gestützt auf l. 76. D. de solut. In der Note zu dem eben allegirten Cassationsurtheil wird es für genügend erachtet, wenn bei der Zahlung die Subrogation zwischen den Parteien, vorbehaltlich der demnächstigen Feststellung durch förmlichen Akt, vereinbart worden und diese Uebereinkunft von allen Parteien anerkannt ist. Il nous paraitrait pas trop rigoureux, heißt es, d'admettre, que la subrogation ne pourrait être *convenue* entre les parties, *lors du paiement, sauf à être regularisée ensuite par un acte écrit*: l'écriture en effet n'est pas de l'essence d'une telle convention et si cette *convention* etait *avouée* et *reconnue de toutes les parties*, il ne nous paraitrait pas possible de lui refuser effet, par cela seul qu'elle n'aurait pas été redigée en acte écrit à l'instant même ou elle a été formée. Es ist nicht klar, was hier unter *toutes* les parties verstanden ist. Gewöhnlich concurriren bei der Zahlung nur der Zahlende und der Gläubiger; concurrirt dabei auch der Schuldner, für welchen die Zahlung geleistet wird, und wird dabei die Subrogation durch ausdrücklichen, wenn auch blos mündlichen Vertrag ausbedungen, so wird allerdings der Schuldner, wenn es die Thatsache des Vertrags nachgeben muß, nicht später dagegen angehen und die Erlöschung der Forderung behaupten können. Gewöhnlich aber erhebt sich die Frage um die Existenz und den Rechtsbestand einer Subrogation zwischen demjenigen, welcher den Eintritt in die Rechte für sich in Anspruch nimmt und andern Gläubigern des Schuldners, also Dritten, welche bei der Zahlung und der Stipulation der Subrogation nicht concurrirt haben; wie will man nun diesen dritten Personen gegenüber eine ihnen fremde Convention (Art. 1134) geltend machen und den Eintritt in die Rechte auf andere Weise herstellen können, als durch einen im Sinne des Art. 1250 gleichzeitig mit der Zahlung aufgenommenen Subrogationsakt? Ja, es wird diesen Dritten gegenüber auch der Art. 1328 Platz greifen.

Digitized by Google

vereinbarten Uebertragspreises von 1400 Thlr. für diesen Uebertrag befriedigt worden sei, worüber er auch Namens seines Vollmachtgebers hiermit nochmals quittire. — In einem gegen Grothaus eingeleiteten Collokations-Verfahren machte nun die Wittwe Dickmann die frühere Rumpel'sche Forderung geltend und wurde auch damit utiliter locirt. Gegen diese Location opponirten die nachlocirten Gläubiger Gebrüder Fischer und auch der Schuldner Grothaus, und gründeten ihren Einspruch darauf, daß die Rumpel'sche Forderung bereits am 19. Juni 1843 durch Zahlung von Seiten des Dickmann getilgt worden sei, daher nach dieser Zeit nicht mehr Gegenstand einer Subrogation oder Cession habe sein können.

Das Landgericht zu Elberfeld erwog durch sein Urtheil vom 12. Juni 1850, daß die von der Oppositin zur Begründung ihres Hypothekenrechts aufgelegten Urkunden den Beweis enthalten, daß ihre Einsetzung in die Rechte des Rumpel erst viele Jahre nach der von ihrem Rechtsvorgänger J. F. Dickmann bewirkten Zahlung jener Forderung, folglich nach Erlöschung derselben, bewerkstelligt worden, daher einen Rechtsübergang nicht mehr habe bewirken können, und verordnete demgemäß die Streichung der Forderung aus dem Status.

Gegen dieses Erkenntniß legte die Wittwe Dickmann Berufung ein, und stützte solche hauptsächlich darauf, daß die Zahlung nur mit dem Vorbehalt der Subrogation geschehen, daß sie durch eine demnächstige Einsetzung in die Rechte bedingt gewesen sei; sie legte die Quittung über die Zahlung nicht vor, behauptete aber auch, zu einem Beweise jenes Vorbehaltes oder der Bedingung der Subrogation nicht verpflichtet zu sein, da die Vollmacht von Rumpel und die Cession des Mombächer einen vollständig gültigen Titel für sie bildeten, und die durch diese Akte constatirte Thatsache der Zahlung nicht von dem durch die nämlichen Akte beurkundeten Uebertrag der Rechte getrennt werden dürfe, um so weniger, als in dem Uebertragsakte selbst nicht sowohl über die Zahlung einer dadurch erloschenen Forderung, als eines der gezahlten Forderung gleichen Uebertragspreises quittirt sei. — Die Appellaten dagegen bestritten die Wirksamkeit und daher die Erheblichkeit des angeblichen Vorbehaltes einer Subrogation, nicht minder die Richtigkeit dieser Behauptung; sie stützten sich darauf, daß eine bei der Zah-

Digitized by Google

lung gemachte Reservation oder Bedingung nicht vermuthet, auch durch die Fassung der Akte nicht gerechtfertigt werde, daß es übrigens auch auf diese Fassung und namentlich darauf, daß in der Cession über einen angeblichen Uebertragspreis quittirt sei, nicht ankommen könne, weil man sonst immer durch eine derartige oder anderweite Fassung die imperative Vorschrift des Art. 1250 umgehen könnte; daß überhaupt das strenge Erforderniß der Gleichzeitigkeit der Einsetzung und der Zahlung durch nichts Anderes ersetzt werden könne.

Der Appellations-Gerichtshof erkannte in dem letztern Sinne confirmatorisch, wie folgt:

J. E., daß, wie thatsächlich feststeht, der Erblasser der Appellantin die von dem Appellaten Grothaus an Rumpel geschuldeten 1400 Thlr. bereits unter'm 30. Juni 1843 an den Letztern gezahlt hat, und die Appellantin in förmlicher Weise erst durch den Notarial-Akt vom 13. Januar 1849 in die Rechte des Gläubigers subrogirt worden ist;

J. E., daß diese Subrogation, da sie nicht gleichzeitig mit der Zahlung erfolgt ist, der klaren Bestimmung des Art. 1250 des B. G. B. zufolge, als wirkungslos betrachtet werden mußte;

Daß die Behauptung der Appellantin, daß die Zahlung von Seiten ihres Erblassers nur gegen das Versprechen und unter der Bedingung der Subrogation in die Rechte des Gläubigers geschehen sei, zuvörderst mit nichts erwiesen ist, und ein desfallsiger Beweis auch namentlich aus der Vollmacht vom 30. Oktober 1843, da sie, und zwar nur hinterher, und nach der Zahlung, dem Mandatar Mombächer bloß die Befugniß zur Subrogation oder zur Cession ertheilt, nicht zu entnehmen ist; daß aber auch selbst dann, wenn jene Behauptung, wie es nicht der Fall ist, erwiesen wäre, doch in rechtlicher Beziehung nichts darauf ankommen könnte, weil die bestimmte Vorschrift des Art. 1250 des B. G. B., wornach die Subrogation gleichzeitig mit der Zahlung geschehen muß, sich nicht blos als die Consequenz des Satzes darstellt, daß der Gläubiger, dessen Rechte durch Zahlung einfach getilgt worden, nichts übrig behält, was er hinterher cediren könnte, sondern auch gleichzeitig den Zweck hat, spätere Collusionen zu verhindern, dieselbe mithin auch

Digitized by Google

im Interesse dritter Personen gegeben ist, daraus aber von selbst folgt, daß dem Gläubiger und dem Dritten, von welchem die Zahlung geleistet wurde, nicht gestattet sein kann, durch stillen Vorbehalt und stille Bedingungen die Garantieen zu vereiteln, welche das Gesetz selbst durch die Nothwendigkeit der förmlichen und gleichzeitigen Subrogation bezweckt hat; daß mit andern Worten das zwischen dem Gläubiger und dem zahlenden Dritten gethätigte Rechtsgeschäft nur nach der Art wie dasselbe in die Erscheinung getreten, beurtheilt werden darf;

J. E., daß, da hiernach also eine Subrogation in die Rechte des Gläubigers nicht zu Stande gekommen, nur eine einfache, im Sinne des Art. 1236 des B. G. B. von einem Dritten geleistete Zahlung übrig blieb, durch welche die ursprüngliche Forderung des Rumpel getilgt worden ist.

III. Senat. Sitzung vom 4. Dezember 1850.

Advokaten: Stupp — Müller — Widenmann.

Theilung. — Eigenthumsübertragung. — Eigenthumsfeststellung. — Rescission. — Erbschaft. — Gemeinschaftliches Eigenthum.

Jeder onerose Vertrag, durch welchen die Gemeinschaft in absoluter Weise unter sämmtlichen Interessenten beendigt wird, ist einem Theilungsakte gleich zu achten.

Die Bestimmungen der Art. 883 und 888 des B. G. B. gelten auch für den Fall, daß die getheilte Masse nicht eine reine Erbschaftsmasse darstellt. (Sie sind daher auch auf Gesellschafter und Communisten anwendbar.)

Viebahn u. Conf. — Bürgermeisterei Gummersbach u. Conf.

Die Appellantin, jetzige Ehefrau Dohr, zeugte mit ihrem ersten Ehemanne Johann Heinrich Viebahn vier Kinder, von denen drei in dem gegenwärtigen Rechtsstreite als Mitappellanten und einer, Wilhelm Viebahn, als Coappellant figurirt.

Digitized by Google

In dem vor Notar Lenz in Gummersbach am 18. Januar 1811 errichteten Ehevertrage war zwischen den Eheleuten Viebahn allgemeine Gütergemeinschaft stipulirt worden.

Johann Heinrich Viebahn starb am 1. Mai 1832 und durch Akt, errichtet vor Notar Reusch in Gummersbach am 24. Juli 1838, trat die Wittwe Viebahn, welche sich inzwischen mit dem ꝛc. Dohr verehelicht hatte, und welcher bei diesem Akte mit concurrirte, ihrem genannten Sohne Wilhelm Viebahn, handelnd für sich und sich stark machend, für seine drei genannten Geschwister, ihren ganzen Antheil an demjenigen Mo- und Immobilar-Vermögen ab, welches sie früher in allgemeiner Gütergemeinschaft mit ihrem verstorbenen Ehemanne ꝛc. Viebahn und nach dessen Tode mit ihren vier Kindern in ungetheilter Gemeinschaft besessen hatte, mit Ausnahme einiger wenigen darin näher bezeichneten zu ihrem Gebrauche dienenden Mobilar-Gegenstände. Der stipulirte Preis für diese Abtretung war: 1., eine jährliche der Mutter resp. den Eheleuten Dohr zu zahlende Leibrente von 40 Thlr.; 2., die Uebernahme von Seiten der Kinder aller und jeder auf dem abgetretenen Vermögen haftenden und dazu gehörenden Schulden mit der Verpflichtung, ihre Mutter in dieser Hinsicht überall zu vertreten und klaglos zu stellen.

Durch Akt errichtet vor Notar Meissen in Gummersbach am 23. August 1845, bestätigten die Geschwister Wilhelmine, Heinrich und Julie Viebahn diesen von ihrem Bruder abgeschlossenen Vertrag und schlossen mit demselben zum Zwecke der Aufhebung der bisherigen Gemeinschaftlichkeit einen neuen Vertrag dahin ab: daß er das sämmtliche bisher in ungetheilter Gemeinschaft gewesene Mo- und Immobilar-Vermögen mit allen Zubehörungen, Gerechtsamen, Vorzügen und Klagen, aber auch unter alleiniger Uebernahme aller Schulden und Lasten, dem vollen Eigenthume nach besitzen und überliefert erhalten solle, wogegen derselbe außer der Uebernahme der Schulden noch die Verpflichtung übernahm, seinen drei Geschwistern jedem eine Summe von 400 Thlr. mit Zinsen auf Verlangen und 200 Thlr. nach dem Tode seiner Mutter mit Zinsen von da an auszuzahlen, sodann ferner die der Mutter resp. den Eheleuten Dohr, welche ebenfalls bei diesem Vertrage gegenwärtig waren und denselben genehmigten, zukommende Leibrente von 40 Thlr. allein, unter Entlastung seiner Geschwister, zu entrichten, und endlich auf Berechnung

Digitized by Google

und Geltendmachung aller Summen und Leistungen verzichtete, welche er zur Erziehung und Ausbildung seiner Geschwister und für sonstige Zwecke der Gemeinschaft oder der einzelnen Theilhaber derselben verwendet habe.

Wilhelm Viebahn war Empfänger der Bürgermeistereien und öffentlichen Anstalten des Kreises Gummersbach und hat mit Hinterlassung eines bedeutenden Kassen-Defectes, steckbrieflich verfolgt, im Frühjahre 1848 die Flucht ergriffen.

Durch Vorladung vom 9. Januar 1849 belangten daher die heutigen Appellanten den Coappellaten Wilhelm Viebahn zum Kgl. Landgerichte zu Köln auf Auflösung der beiden gedachten Verträge vom 24. Juli 1838 und 23. August 1845, weil der Verklagte trotz Aufforderung vom 8. Dezember 1848 weder die übernommenen, der abgetretenen Gütermasse zur Last liegenden Schulden, noch den Uebertragspreis an seine Geschwister bezahlt habe, auch mit Bezahlung der Leibrente an seine Mutter seit dem Jahre 1838 in Rückstand geblieben sei, und durch seine Flucht, so wie durch die von Seiten der Verwaltungsbehörde erfolgte Beschlagnahme seines Vermögens der Beklagte sich in die Unmöglichkeit versetzt habe, sowohl diese Zahlung zu leisten, als der Mutter ihre jährliche Leibrente zu bezahlen.

Mittelst Bittschrift vom 10. Februar 1849 haben die Bürgermeistereien des Kreises Gummersbach und die speziell genannten öffentlichen Anstalten als Gläubiger des Beklagten, Communal-Empfängers Viebahn, zufolge Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 19. Juli 1848 in der gegenwärtigen Prozedur intervenirt und die angestellte Resiliationsklage als unstatthaft bestritten, weil nach ihrer Behauptung wegen Nichterfüllung der in solchen Theilungsakten eingegangenen Verpflichtungen eine Resiliationsklage unzulässig sei.

Durch Urtheil vom 31. Mai 1849 erkannte das Kgl. Landgericht zu Köln, und zwar in contumaciam gegen den Verklagten Wilhelm Viebahn für Recht: nahm die eingelegte Intervention als begründet an, wies die durch Akt vom 9. Januar 1849 angestellte Klage als unbegründet ab, und legte den Klägern die Kosten der Klage und der Intervention zur Last.

Gegen dieses Urtheil haben die ursprünglichen Kläger den Bürgermeistereien des Kreises Gummersbach und den

Digitized by Google

speziell genannten öffentlichen Anstalten sowohl als auch dem Wilhelm Viebahn gegenüber die Berufung an den Rheinischen Appellations-Gerichtshof eingelegt.

In der Sache selbst stützte man, wie auch in erster Instanz geschehen, die beantragte Auflösungsklage der fraglichen zweiseitigen Verträge auf die Art. 1184, 1654 und 1655 des B. G. B. und suchte näher auszuführen, daß der von dem ersten Richter in Anwendung gebrachte Art. 883 hier nicht statthaft sei; es könne zwar nicht widersprochen werden, daß der Zweck des Notarial-Aktes vom 23. August 1845 theilweise darin bestand, der Gemeinschaft zwischen dem Appellaten Wilhelm Viebahn einerseits und seinen Miterben, seinen drei Geschwistern andererseits, in Betreff der väterlichen Erbschaft ein Ende zu machen, und theilweise darin bestand, die Gemeinschaft zwischen dem Appellaten Wilhelm Viebahn einerseits und seinen drei Geschwistern als Miteigenthümern andererseits in Betreff ihres sonstigen unter lästigem Titel erworbenen Vermögens aufzuheben; daß ferner der Zweck des Notarial-Aktes vom 24. Juli 1838 darin bestand, der Gemeinschaft zwischen den Eheleuten Dohr einerseits und ihren vier Kindern, als Repräsentanten ihres Vaters andererseits, in Betreff der zwischen ihnen bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft ein Ende zu machen; allein daraus folge nicht, wie die appellatischen Gemeinden behaupten, daß diese beiden Akte Erbtheilungs-Akte seien, und noch viel weniger, daß darin nach der Fiktion des Art. 883 keine Eigenthums-Uebertragung, sondern eine Eigenthums-Feststellung liege; der Inhalt dieser Akte beweise vielmehr, daß sie wahre zweiseitige Eigenthums-Uebertäge resp. Verkaufs-Akte seien. So übertrage in dem Akte vom Jahre 1838 die Ehefrau Dohr nicht ihr ererbtes Vermögen an Miterben, sondern sie übertrage die Hälfte des mit ihrem verstorbenen Ehemanne erworbenen Vermögens, also durch einen wahren Uebertrags- resp. Verkaufs-Vertrag, worauf weder die Fiktion des Art. 883 noch die Verfügungen des Art. 888, sondern vielmehr einzig und allein, die Art. 1184, 1654 und 1655 anwendbar seien. So werde auch in dem Akte vom Jahre 1845 dem Appellaten Wilhelm Viebahn einerseits von dessen drei Geschwistern andererseits ihr ganzer Antheil an dem väterlichen Vermögen durch einen förmlichen Kaufvertrag gegen einen bestimmten Kaufpreis und gegen Uebernahme der elter-

Digitized by Google

lichen Schulden verkauft. Das ererbte väterliche Vermögen sei aber nicht der einzige Gegenstand dieses Aktes, sondern das gemäß der vorigen Akte von der gemeinschaftlichen, noch lebenden Mutter unter lästigem Titel erworbene und eben so unbedeutende Vermögen werde, insofern es den drei Geschwistern gehört, dem Wilhelm Viebahn mitverkauft, weshalb denn auch nicht der Art. 888 noch weniger die Fiktion des Art. 883, sondern vielmehr die angezogenen Art. 1184, 1654 und 1655 wenigstens für diesen Theil des Aktes zur Anwendung kommen müßten, und das blos zweifelhaft bleiben könnte, ob außer der Resiliationsklage auch noch die Rescission wegen Verletzung über ein Viertel in Betreff der verkauften väterlichen Erbschafts-Antheile zulässig wäre.

Dagegen suchte man für die ursprünglichen Intervenienten, dermaligen Appellaten, auszuführen, daß die beiden Akte nichts anderes als Theilungs-Akte seien, um die zwischen den Contrahenten bestehende Gemeinschaft aufzuheben; in diesen Akten liege nach der Fiktion des Art. 883 keine Eigenthums-Uebertragung, sondern eine Eigenthums-Feststellung; es müsse hiernach angenommen werden, daß der mittelst einer Leibrente oder einer versprochenen Herausgabe in Gelde abgefundene und ausscheidende Miterbe oder Miteigenthümer niemals Eigenthum an der Gemeinschaft gehabt, sondern, daß der Miterbe, dem das Ganze überwiesen wird, solches unmittelbar vom Erblasser geerbt habe; die Nichterfüllung von Verpflichtungen aus solchen Theilungs-Akten könne daher eine Klage auf Aufhebung nicht begründen; diese Grundsätze seien nach constanter Jurisprudenz nicht allein auf Erben, sondern auch auf Gesellschafter und Communisten anwendbar.

Urtheil:

J. E., daß nach den eigenen Erklärungen der Appellanten der Zweck der Verträge vom 24. Juli 1838 und 23. August 1845 kein anderer war, als zuerst die Gemeinschaft zwischen der Ehefrau Dohr und deren Kindern, und demnächst die Gemeinschaft unter den letztern selbst auseinander zu setzen und zu beendigen, wie dies denn auch in dem zweiten Akte noch ausdrücklich angeführt wird: daß wie die Art. 888 und 889 des B. G. B. zeigen, im gesetzlichen Sinne jeder onerose Vertrag, durch welchen die Gemeinschaft in absoluter Weise unter sämmtlichen Interessenten beendigt wird, nament-

Digitized by Google

lich aber unbestritten die Cession der Rechte an einem Gesammtvermögen an einen einzelnen Theilhaber oder Erben Seitens der Uebrigen einem Theilungs-Akte gleich zu achten ist, und die dabei gewählte Form auf das materielle Rechtsverhältniß keinen Einfluß äußert; daß daher auch im vorliegenden Falle nicht die Bestimmungen über den Kaufvertrag, sondern die über Theilungen zur unbedingten Anwendung kommen müssen, indem es im Uebrigen nach Art. 1476 nicht zweifelhaft erscheint, daß die Art. 815 seq. für das gütergemeinschaftliche Vermögen ebenfalls maßgebend sind; daß in Folge des in diesem Artikel ausgesprochenen Grundsatzes jede Theilung nicht blos als eine Handlung der freien Willkühr, sondern als ein Akt der Nothwendigkeit sich darstellt, und daß es hierbei rechtlich keinen Unterschied begründet, ob dieselbe im Wege einer gerichtlichen Prozedur oder in dem eines von dispositionsfähigen Contrahenten abgeschlossenen Vertrages vorgenommen wird, indem das Gesetz im Art. 819 beide Fälle durchaus gleich achtet und daher in Bezug auf die Folgen den nämlichen Bestimmungen unterwirft;

Daß hiervon ausgegangen und hiermit im Zusammenhange und Uebereinstimmung die im Art. 883 enthaltenen Eigenthums-Feststetzung in so weit als eine definitive erscheint, als für den Fall der Nichterfüllung einzelner Leistungen, namentlich der Nichtzahlung eines Aequivalents oder einer Herausgabe, die Theilung selbst nicht wieder aufgehoben und die Gemeinschaft wieder hergestellt werden kann; daß demnach hier die Bestimmung des Art. 1184, nach welcher die stillschweigende resolutorische Klausel bei allen zweiseitigen Verträgen eintritt, keine Anwendung findet;

Daß die Zulassung der Rescissionsklage keinen Anhaltspunkt gibt, da die erstere nur dann, wenn Gewalt, Betrug oder Verletzung behauptet, das Rechtsgeschäft mithin selbst angegriffen werden kann, zu begründen ist, und daher auf einem wesentlich verschiedenen Fundamente beruht, wie die Klage, welche die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit des Vertrages fortwährend unterstellt und dessen Auflösung nur wegen Nichterfüllung verlangt;

Daß der erste Richter hiernach diese letztere Klage, die das Gesetz auch in der vorliegenden Materie nirgends berührt, während es im Art. 822 unter den aus einer Theilung entspringenden Kontestationen und Klagen die Rescissionsklage

Digitized by Google

ausdrücklich aufführt, mit Recht zurückgewiesen und die Appellanten nicht beschwert hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rheinische Appellations-Gerichtshof die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Köln, vom 31. Mai 1849 unter Verurtheilung der Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 9. Januar 1851.

Advokaten: Kyll. — Müller.

Banquier. — Zinsen. — Provision. — Bürge.

Der von einem Banquier zufolge Uebereinkunft bewirkte halbjährige Abschluß des Conto-Courrents, die dabei erfolgte halbjährige Berechnung von Zinsen zu 6 Prozent, sowie die fernere Berechnung der Zinsen von dem Saldo des jedesmaligen Abschlusses sind gültig und rechtsbeständig, und stehen denselben weder die Bestimmungen der Dekrete v. 3. Septbr. 1807 und 12. November 1809 Art. 81 u. 82, noch der Art. 1154 des B. G. B. entgegen.

Die Höhe der Provision ist lediglich der Vereinbarung der Parteien überlassen.

Die Uebereinkunft, daß die Provision von dem jedesmaligen Gesammtbetrage der Debetseite berechnet werden solle, ist nicht gleich bedeutend mit der Stipulation der Provision von dem Gesammtbetrage des Umschlags; nach jener Uebereinkunft kann auch von dem bei dem jedesmaligen Abschluß auf neue Rechnung vorgetragenen Saldo die Provision berechnet werden.

Der Bürge muß die von dem Hauptschuldner in den Grenzen des Geschäftsverkehres und ohne Verletzung der Gesetze vorgenommenen Handlungen gegen sich gelten lassen.

von Beckerath-Heilmann — Sonderland.

Das Banquierhaus von Beckerath-Heilmann hatte der Handlung Gebrüder Sonderland einen Credit unter der

Digitized by Google

Bürgschaft des Dr. Sonderland eröffnet. In dem die Bedingungen festsetzenden Schreiben des Hauses von Beckerath-Heilmann heißt es: „Ich bin bereit, Ihnen eine Rechnung auf die Bedingungen zu eröffnen, daß die Zinsen gegenseitig à 5 Prozent per annum berechnet werden, wobei ich mir jedoch vorbehalte, den Ueberschuß der Zinsen, wenn derselbe bei dem jährlich zweimal, am 30. Juni und 31. Dezember, erfolgenden Rechnungsabschluß zu meinen Gunsten ist, à 6 Prozent auszuwerfen; sodann belaste ich ihnen meine Provision à 1/3 Prozent von dem jedesmaligen Gesammtbetrage der Debetseite." Der Abschluß der Rechnung erfolgte auch wirklich halbjährlich, und wurden die Conto-Currente jedes halbe Jahr den Gebrüdern Sonderland zugesandt. Da von Beckerath-Heilmann dabei immer in nicht unbedeutendem Vorschuß war, so wurden die Zinsen à 6 Prozent, so wie die Provision halbjährig berechnet, der sich ergebende Saldo auf neue Rechnung vorgetragen und von diesem Saldo beim nächsten halbjährigen Abschluß wieder Zinsen und Provision berechnet. Gegen keines der auf diese Weise aufgestellten Conto-Currente hatten die Gebrüder Sonderland Einwendungen erhoben, solche vielmehr meist ausdrücklich genehmigt. Im Jahre 1849 ließ das Haus von Beckerath-Heilmann den Bürgen Dr. Sonderland vor das Handelsgericht zu Elberfeld vorladen, umsich zur Zahlung eines Restbetrages von 877 Thlr. aus obigem Geschäftsverkehr verurtheilen zu hören. Jetzt wendete dieser unter Anderm ein, die klägerische Rechnung verstoße gegen die gesetzlichen Vorschriften über den Zinssatz und die Kapitalisirung von Zinsen, indem die Rechnung halbjährig abgeschlossen und von den halbjährig berechneten Zinsen wieder Zinsen, außerdem nicht nur halbjährig die Provision, sondern von dem jedesmaligen Saldo wieder Provision berechnet sei, während solche nur von dem wirklichen Umschlag habe berechnet werden können.

Das Handelsgericht deferirte diesen Einreden durch folgendes am 1. August 1849 erlassene

Urtheil:

In. E., daß der Beklagte unter andern die von der Klägerin berechneten Zinsen und Provision als zu hoch berechnet contestirt hat, und diese Contestation um deswillen zunächst

Digitized by Google

zu erörtern ist, weil es sich dabei um Prinzipien der Berechnung handelt, die, wenn die Contestation für begründet zu halten, eine anderweite Berechnung und die Aufstellung einer neuen Rechnung nöthig machen;

Daß es sich dabei fragt, ob, wie von der Klägerin geschehen, bei den jedesmaligen halbjährigen Rechnungsabschlüssen die Zinsen auszuwerfen, solche in dem Saldo mit aufzuführen und auf diese Weise bei dem nächsten Abschluß wieder Zinsen von den Zinsen zu berechnen seien, und ob die Provision nicht nur von dem Umschlage, sondern auch von dem Saldo des jedesmaligen Abschlusses, berechnet werden könne, oder ob, wie Beklagter behauptet, nur jährlich 6 % Zinsen und blos von dem Umschlage Provision zu berechnen sei;

J. E., daß die Klägerin zur Rechtfertigung der von ihr beliebten Art jener Berechnung sich auf eine Vereinbarung mit den Hauptschuldnern, auf deren Anerkenntniß der Conto-Currente und den Uso bei Bankgeschäften bezieht;

J. E., daß es sich hier zwar von vertragsmäßigen Zinsen handelt, die aber zufolge des Art. 81 des Dekretes vom 12. November 1809 gleich den gesetzlichen Zinsen in Handelssachen 6 % nicht übersteigen dürfen;

Daß der Art. 1154 des B. G. B. bestimmt, daß fällige Zinsen entweder in Folge gerichtlicher Klage oder vermöge besonderer Uebereinkunft, wieder Zinsen bringen können, jedoch vorausgesetzt, daß von Zinsen die Rede ist, die man wenigstens für ein ganzes Jahr zu fordern hat; —

Daß der Art. 83 des angeführten Dekrets bestimmt, daß, wo mehr Zinsen genommen worden, als der Art. 81 gestattet, der Empfänger verurtheilt werden soll, den Mehrbetrag heraus zu geben;

J. E., daß die Art und Weise, wie die Klägerin die Zinsen berechnet, offenbar gegen jene gesetzlichen Bestimmungen verstößt; —

Daß die Klägerin sich dabei vergeblich auf eine Uebereinkunft oder ein Anerkenntniß oder einen Uso beruft, da hierdurch an jenen gesetzlichen Verfügungen nichts geändert werden kann;

J. E., daß die Provision zwar durch eine Uebereinkunft bestimmt werden kann, und deren Satz und Berechnungsweise lediglich von dem Vertrage der Parteien abhängt;

Digitized by Google

Daß dieselbe nach dem Schreiben vom 14. September 1841, worauf Klägerin sich beruft, zu $^1/_3$ % von dem jedesmaligen Gesammtbetrage der Debetseite bedungen worden ist;

Daß hierdurch aber die Art und Weise, wie Klägerin die Provision berechnet, keineswegs sich rechtfertigt, vielmehr jene Uebereinkunft anders nicht verstanden werden kann, als daß von dem Gesammtbetrage des Umschlags, das heißt von den Posten, welche Klägerin in das Debet der Rechnung einzutragen haben werde, Provision vergütet werden sollte, nicht aber auch noch besonders von dem Saldo der sich bei dem jedesmaligen Abschlusse ergeben werde, da sonst, so weit der Saldo reicht, die Provision doppelt vergütet werden würde;

Daß Letzteres aber, wie erwähnt, nicht in der Uebereinkunft liegt, solches auch dem Gebrauche im Bankverkehr im Allgemeinen ganz widerspricht, und ferner der Natur der Sache mit Rücksicht auf den Grund der Vergütung entgegen ist;

J. E., daß, wenn es auch sein mag, daß die Hauptschuldner die Art und Weise der Berechnung der Provision sowohl als der Zinsen dadurch nachgegeben, daß sie die Conto-Currente der Klägerin angenommen und denselben nicht widersprochen haben, dies abgesehen davon, daß in Ansehung der Zinsen, wie erwähnt, das Verbot der Gesetze entgegen ist, den Beklagten als Bürgen nicht binden kann, da der Bürge nach Art. 2036 des B. G. B. das Recht hat, dem Gläubiger alle die Einreden entgegen zu setzen, welche dem Hauptschuldner zustehen und welche der Schuld ankleben, woraus folgt, daß der Hauptschuldner durch Anerkennung ungerechtfertigter Ansprüche den Bürgen nicht zu beeinträchtigen vermag;

J. E., daß hiernach die Contestation des Beklagten wegen der Zinsen und Provision begründet und dessen Verlangen gerechtfertigt erscheint, daß zunächst eine anderweite Rechnung aufgestellt und mitgetheilt werde, welche eine richtige Berechnung der Zinsen und Provision enthalte.

Aus diesen Gründen

erkennt das Kgl. Handelsgericht in erster Instanz, gibt der Klägerin auf, zunächst eine anderweite Rechnung aufzustellen, und dem Beklagten mitzutheilen, worin die Zinsen nur zu 6 % jährlich, und die Provision zu $^1/_3$ % blos von dem Umschlage, das heißt von den Posten der Debetseite, mit Ausschluß des bei den jedesmaligen Abschlüssen sich herausstellenden

Saldo's, berechnet und aufgeführt sind, bestimmt dazu eine Frist von 14 Tagen und zur demnächstigen weiteren Verhandlung der Sache die Audienz vom 22. l. Mts.

Berufung gegen dieses Urtheil von Seiten von Beckerath-Heilmann. Der appellantische Anwalt suchte zur Rechtfertigung der Berufung im Wesentlichen auszuführen: daß die angeführten gesetzlichen Bestimmungen auf die Zinsenberechnung im Bankverkehr durchaus unanwendbar seien, daß der halbjährige Abschluß sowohl stipulirt als gebräuchlich sei, auch thatsächlich immer Statt gefunden habe und genehmigt worden, daß der auf neue Rechnung vorgetragene Saldo die Natur eines neuen Vorschusses habe, welcher somit wieder Zinsen und auch Provision trage, daß die Provision von der Uebereinkunft der Parteien abhange, untergebens aber die Provision nicht nur von dem Umschlage, sondern von dem jedesmaligen Gesammtbetrage der Debetseite, wozu auch der auf neue Rechnung vorgetragene Saldo gehöre, bedungen worden, daß so auch die Parteien selbst die Uebereinkunft thatsächlich interpretirt, indem Kläger bei jedem halbjährigen Conto-Current diesen modus der Berechnung zu Grunde gelegt und die Gebrüder Sonderland die Conto-Currente immer genehmigt hätten, daß endlich auch dem Appellaten diese Berechnungsweise bekannt gewesen und er zwar andere Einwendungen von Zeit zu Zeit erhoben, aber niemals gegen den modus der Berechnung etwas erinnert habe;

Der A. G. H. erkannte in diesem Sinne reformatorisch wie folgt:

In E., daß nach der vorgelegten Correspondenz die Uebereinkunft, nach welcher der Rechnungsabschluß zwischen dem Appellanten und den Gebrüdern Sonderland zweimal im Jahre erfolgen sollte, und deren Vollziehung nicht zu bestreiten sind, und daß es sich daher nur fragt, ob dieselbe in Bezug und mit Rücksicht auf die dadurch herbeigeführte Art der Zinsenberechnung für eine unerlaubte Stipulation erachtet werden müsse, in welchem Falle Appellat als Bürge trotz des von den Hauptschuldnern ausgegangenen Anerkenntnisses unzweifelhaft auf das Verbot des Gesetzes sich würde berufen können;

Daß die Bestimmungen der Dekrete vom 12 November 1809, Art. 81, 82 und vom 3. September 1807 über die zulässigen Prozentsätze die Gültigkeit der Verzinsung verfalle-

Digitized by Google

ner, unbezahlt gebliebener Zinsen nicht berühren, und für sich allein als ein wucherisches Geschäft nicht erscheinen lassen;

Daß dagegen der Art. 1154 des B. G. B. insofern eine positive Beschränkung enthält, als die von Kapitalien verfallenen Zinsen in Folge einer gerichtlichen Klage oder einer speziellen Convention nur dann wieder Zinsen bringen können, wenn sie mindestens für ein ganzes Jahr verschuldet werden;

Daß bei Geschäftsverbindungen der vorliegenden Art der Banquier seine Fonds bis zu dem stipulirten Betrage stets zur Verfügung des Creditnehmers bereit halten, und auf der andern Seite die von diesem bewirkten Anschaffungen und sonstigen Einzahlungen in Empfang nehmen muß, und daß sodann der jedesmalige Abschluß feststellt, zu wessen Gunsten ein Guthaben sich gebildet hat;

Daß in dem gezogenen Saldo nicht nothwendig unbezahlte Zinsen enthalten sind, da es immer noch zu untersuchen sein würde, ob dieselben nicht nach den gesetzlichen Imputations-Regeln als berichtigt angesehen werden müßten;

Daß aber jedenfalls das Guthaben des Banquier nicht als eine aus Kapital und Zinsen bestehende Forderung, sondern als ein das festgestellte Resultat des bisherigen Verkehrs bildender Vorschuß zu betrachten ist, welcher, wenn er nicht sofort ausgeglichen wird, wie ein neuer Posten in die folgende Rechnung übergeht, und den nämlichen Bedingungen unterliegt;

Daß hiernach die Bestimmung des Art. 1154, von der übrigens auch eventuell die allgemein anerkannte und von dem Appellaten zugegebene Verzinsung des bei einem Jahres-Abschlusse festgestellten Saldo's in den meisten Fällen betroffen werden würde, auf das Rechtsverhältniß der Parteien keine Anwendung findet, dem zufolge die getroffene Uebereinkunft für gültig zu erachten ist;

Daß in Beziehung auf die zu vergütende Provision unbestritten deren Berechnung von dem jedesmaligen Gesammtbetrage der Debetseite geschehen sollte, wie dies aus den Briefen des Appellanten vom 14. September 1841 und 17. Dezember 1842 klar hervorgeht;

Daß die gebrauchten Worte offenbar mit dem Ausdrucke Gesammtbetrag des Umschlags nicht gleichlautend sind und den vorgetragenen Saldo in sich schließen;

Digitized by Google

Daß die hiermit in Uebereinstimmung aufgestellten Conto-Currente von den Gebrüdern Sonderland stets und ausdrücklich gut geheißen worden sind und die Uebereinkunft selbst dadurch thatsächlich ihre Auslegung gefunden hat;

Daß die Bestimmung der Höhe der Provision lediglich der Vereinbarung der Parteien überlassen ist und es demnach auch statthaft erscheint, statt eines höheren Prozentsatzes für die einzelnen Posten von dem Saldo nochmals Provision zu berechnen;

Daß daher die Gebrüder Sonderland die hierhin abgeschlossene Uebereinkunft nicht würden anfechten können, eben so wenig mithin dem Appellaten eine solche Befugniß zusteht, da er als Garant derselben die von ihnen in den Gränzen des Geschäfts-Verkehrs, ohne Verletzung der Gesetze vorgenommenen Handlungen gegen sich gelten lassen muß;

Daß demzufolge der erste Richter, indem er unter Verkennung der gültig eingegangenen Vertrags-Verhältnisse, die Aufstellung einer neuen Rechnung verordnete, den Appellanten beschwert hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H., unter Aufhebung des Urtheils des Kgl. Handesgerichts zu Elberfeld vom 1. August 1849, die von dem Appellaten gegen die halbjährige Berechnung der Zinsen und gegen die Berechnung der Provision von dem Gesammtbetrage des Debets, einschließlich des nach dem halbjährigen Abschlusse auf neue Rechnung vorgetragenen Saldo's, erhobenen Einreden; weiset die Parteien zur fernern Verhandlung an das gedachte Gericht zurück, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen.

II. Senat. Sitzung vom 24. Januar 1851.

Advokaten: Widenmann — Müller.

In gleichem Sinne hatte der II. Senat durch Urtheil vom 24. Dezember 1850 in einem Falle, in welchem übrigens gar kein Umschlag Statt gefunden hatte, nämlich in Sachen Menn — D'Hauroy et Comp. entschieden.

I. E. ad 1 der Beschwerde des Appellanten.

Daß nach Ausweis der vorgelegten Correspondenz unter den Parteien verabredet war, daß die Vorschüsse der Appel-

Digitized by Google

latin 6% Zinsen für das Jahr und zwei Prozent Commissionsgebühr für jedes halbe Jahr tragen sollten;

Daß aber die Zinsen und Commissionsgebühren, welche am Schlusse eines Jahres unbezahlt bleiben, den Charakter eines Vorschusses der Appellatin hatten und somit gemäß der Vertrags-Bestimmung, nach welcher von den sämmtlichen Vorschüssen der Appellatin 6% jährliche Zinsen und 2% halbjährige Commissionsgebühren vergütet werden sollten, mit Recht von der Appellatin in die Rechnung des folgenden Jahres als ein Zinsen und Commissionsgebühr tragender Vorschuß übertragen sind;

Daß folglich die desfallsigen Einwendungen des Appellanten gegen das Conto-Current der Appellatin nicht begründet sind.

Ebenso hatte schon am 20. Juli 1831 der I. Senat besonders die Zinsenfrage in einem ausführlich motivirten Urtheil entschieden in Sachen Oppenheim — Cremer:

J. E., daß die Commissionsgebühren bei Geschäften, wie sie unter den Parteien vorlagen, sich nach Uebereinkunft bestimmen;

Daß dieselben nach Inhalt aller während mehreren Jahren zugeschickten, auch von Cremer anerkannten Conto-Currente mit einem halben Prozent sich angesetzt finden, daß dermalen gegen diese hierdurch unzweifelhaft gewordene Uebereinkunft nicht zurückgegangen werden kann, wenn auch häufig und gewöhnlich die Commission nur zu $\frac{1}{3}$ % genommen wird;

J. E., daß in Nro. 3 des Antrages der Appellant sich noch gegen den halbjährigen Abschluß der Rechnungen beschwert, indem durch solchen halbjährigen Abschluß auch von den in dem neuen Saldo begriffenen und halbjährig berechneten Zinsen fernerhin neue Zinsen in Rechnung gesetzt würden, welches der Art. 1154 des B. G. B. nicht gestatte;

Daß indessen der Art. 1154 schon nach seinen Worten nur von Zinsen redet, die von Kapitalien erfallen, aber nicht von Zinsen, welche bei dem jedesmaligen Abschluß eines Conto-Currents in Rechnung gestellt und bis zum Tage dieses Abschlusses berechnet werden, ohne daß sie als von einem Kapital erfallen, angesehen werden könnten, und ohne daß von einem Verfalltage derselben die Rede sein kann;

Digitized by Google

Daß bei jedem Abſchluſſe eines kaufmänniſchen Conto-Currents der Uebertrag des Saldo auf neue Rechnung das frühere Schuldverhältniß in der Art abändert, daß von nun an nicht mehr die früheren einzelnen Poſten und desfallſigen Zinſen, ſondern nur das aufgeſtellte Saldo als ein neuer Rechnungspoſten geſchuldet werde; daß die in einem ſolchen Saldo begriffenen Summen, ſelbſt wenn und inſofern dieſelben von einem Zinſenreſt herkommen, fortan eben ſo wenig als Zinſen und in Beziehung auf eine Verbindlichkeit zur Zahlung von Zinſen geſchuldet werden, als wenn ein ſonſtiges urſprüngliches Kapital nebſt Zinſen, die zum Theil noch kein volles Jahr betragen, abbezahlt worden, und der Schuldner die von dieſer Zahlung herkommenden Summen zugleich wieder in Empfang nimmt, ſo wie eine neue verzinsliche Schuldverſchreibung für das Ganze ausſtellt;

Daß bei kaufmänniſchen Rechnungen der Uebertrag des Saldo auf neue Rechnung ſo anzuſehen iſt, als ob dieſes Saldo durch einen neugemachten Vorſchuß berichtiget, und dieſer neue Vorſchuß auf laufende Rechnung getragen worden;

Daß auch bei laufenden Rechnungen, wenn dieſelben im Credit eine größere Summe enthalten, als der Zinſenüberſchuß beträgt, dieſer Zinſenüberſchuß zuerſt von der Creditſumme nach den Vorſchriften über Aufrechnungen von Zahlungen abzuziehen ſein würde, ehe von einer Aufrechnung der Creditſumme auf das Debet-Kapital die Rede ſein könnte;

Daß es aber nach den vorhin angeführten Gründen überflüſſig ſein würde, die einzelnen Conto-Currente in dieſer letztern Beziehung zu unterſuchen; daß aber übrigens ſelbſt in den nur auf das Jahr abgeſchloſſenen Conto-Currents beinahe immer Poſten vorkommen, von welchen die Zinſen erſt während des Laufs des Jahres und oft nur ſehr kurze Zeit vor dem Jahres-Abſchluſſe in Berechnung zu kommen anfangen, und daß mithin auch in dem Saldo eines auf das Jahr abgeſchloſſenen Conto-Currente meiſtens Summen begriffen ſind, die von Zinſen herrühren, ſo keine Zinſen eines ganzen Jahres betragen;

Daß nach den vorliegenden bis zum 1. Juli 1827 anerkannten Conto-Currents die Uebereinkunft der Parteien über einen halbjährigen Abſchluß auch außer Zweifel ſteht; daß es nach Allem dieſem und den bis hierhin angeführten

Digitized by Google

Gründen der Fall nicht sein kann, die in Nro. 4 des appellantischen Antrages begehrte Liquidation zu verordnen. —

Die französische Jurisprudenz siehe bei Sirey D. 1845 1, 481. 1846, 2, 458. 1850, 1, 441, und bei Gilbert Codes annotés ad art. 1154.

Erbpachtsrente. — Verjährung. — Zeugenbeweis. — Ausstellung eines neuen Titels.

Die zur Beseitigung der Einrede der Verjährung einer mehr als 150 Franken betragenden Erbpachtsrente von dem Rentberechtigten behauptete Thatsache, daß unter der Herrschaft des B. G. B. die fragliche Rente fortwährend geliefert worden sei, kann durch Zeugen nicht bewiesen werden, da für einen solchen Beweis die Bestimmung des Art. 1341 des B. G. B. maßgebend ist und von einer Unmöglichkeit des Rentgläubigers, sich einen schriftlichen Beweis der geschehenen Lieferung zu verschaffen, nicht die Rede sein kann, indem der Art. 2263 des B. G. B. ihm gerade zum Schutze gegen die Verjährung das Recht giebt, vor Eintritt derselben den Schuldner zur Ausstellung eines neuen Titels zu zwingen, und sich so einen schriftlichen Beweis zu verschaffen.

Brockes — Hönen.

Der Notar Hönen stellte im Jahre 1849 gegen die Eheleute Brockes und zwölf andere Personen eine Klage an, dahin gehend, daß die sämmtlichen Verklagten solidarisch verurtheilt würden, ihm eine Erbpacht, die sog. Holthuyser Erbpacht, jährlich zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte zu liefern, insbesondere auch die Rückstände dieser Rente für die Jahre 1847 und 1848 entweder in natura nachzuliefern oder die Marktpreise dieser beiden Jahre dafür zu zahlen. Die Verklagten resp. ihre Rechtsvorfahren hatten durch einen notariellen Akt vom 24. Juli 1806 gegenüber der Domainen-Verwaltung als damaliger Rentberechtigten, ihre desfallsige Verpflichtung ausdrücklich anerkannt.

Digitized by Google

Gleichwohl setzten sie gegenwärtig dem Hönen als Rechtsnachfolger der Domainen-Verwaltung unter mehrern andern Einreden, welche hier weniger Interesse darbieten, auch die Einrede der Verjährung entgegen, indem sie behaupteten, die Rente sei seit 1806 nicht mehr geliefert worden. Zum Zwecke der Beseitigung dieser Einrede erbot sich der Kläger nunmehr zum Beweise durch jedes gesetzliche Beweismittel und selbst durch Zeugen darüber, daß die Rente bis zum Jahre 1847 geliefert worden sei und suchte die Zulässigkeit des Zeugenbeweises dadurch zu begründen, daß nach der frühern Gesetzgebung über dergleichen Rentenforderungen der Zeugenbeweis ausdrücklich gestattet werde, aber auch der Fall des Art. 1348 des B. G. B. vorliege, indem es dem Rentberechtigten nicht möglich sei, sich einen schriftlichen Beweis über die von dem Rentverpflichteten geschehene Lieferung der Rente zu verschaffen.

Das Kgl. Landgericht zu Cleve erkannte über diese Frage in seinem Urtheile vom 29. Mai 1850, wie folgt:

Daß die Zulässigkeit des Zeugenbeweises über solche einzelne, von dem Schuldner ausgegangene und blos die Verjährung betreffende Thatsachen keinem Zweifel unterliegt;

Daß es gleichwohl nach Lage der Sache angemessen erscheint, auch dem klägerischen Compulsorial-Antrage: (auf Vorlegung von Urkunden, welche den Anfang eines schriftlichen Beweises für die geschehenen Lieferungen enthalten sollten) zu deferiren.

Auf die bezüglich dieses Punktes eingelegte Berufung erkannte der A. G. H. in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums reformatorisch durch folgendes

Urtheil:

J. E., auf die Einrede der Verjährung, daß der zur Beseitigung derselben vom ersten Richter gestattete Zeugenbeweis über die Lieferung der Rente seit 1806 bis 1847 zufolge Art. 1341 des B. G. B. unzulässig ist, da es sich hier von einem Gegenstande über 150 Frs. handelt, und das Gesetz nicht unterschieden hat, auch nach seinem Grunde nicht unterscheiden konnte, ob jene Thatsache vom Gläubiger zur Begründung seiner Forderung oder vom Schuldner zu seiner Liberation dargethan werden soll;

Daß zudem der Art. 2263 dem Rentgläubiger gerade

Digitized by Google

zum Schutze gegen die Verjährung das Recht gibt, vor Eintritt derselben den Schuldner zur Ausstellung eines neuen Titels zu zwingen, und sich so einen schriftlichen Beweis sogar auf Kosten seines Debitors zu verschaffen;

Daß auch aus dem Dekrete vom 9. Vendem. J. XIII und aus den vom Appellaten angerufenen ältern Gesetzen die Zulässigkeit jenes Beweises keineswegs hergeleitet werden kann, da gegenwärtig nicht mehr die Existenz des Rechtes selbst zur Zeit jener Gesetze und zu diesem Behuf ein Besitzstand zu erweisen ist, vielmehr eine spätere fortgesetzte Lieferung der Rente behauptet wird, um auf Grund des B. G. B. eine Unterbrechung der Verjährung darzuthun;

Daß aber diese Thatsache, die in Gemäßheit des B. G. B. ihre rechtliche Wirkung äußern soll, auch nach Vorschrift desselben festgestellt werden muß, wogegen die angeführten Spezialgesetze, welche über die Verjährung und ihre Unterbrechung keine besondere Bestimmungen enthalten, auch rücksichtlich der dazu erforderlichen Handlungen und Beweise nicht maßgebend sein können, daß außerdem Appellat verschiedene Urkunden bezogen hat, welche nach seiner Behauptung Anerkenntnisse der hier fraglichen Verbindlichkeit Seitens der Rentschuldner während der Verjährungsfrist und jedenfalls den Anfang eines schriftlichen Beweises für die statt gehabte Prästation enthalten;

Daß auch deren Vorlegung im Urtheile a quo angeordnet und eine Beschwerde gegen diese Verfügung nicht artikulirt worden ist, daher die weitere Verhandlung über den Inhalt der Urkunden und deren Einfluß auf den zu erbringenden Beweis der ersten Instanz vorbehalten bleiben muß.

I. Senat. Sitzung vom 3. Februar 1851.

Advokaten: Müller — Compes.

Nothweg. — Verjährung.

Ein Nothweg kann durch Verjährung erworben werden. B. G. B. Art. 682, 685, 691.*)

*) Durch das vorstehend abgedruckte Urtheil ist der Appellationshof, welcher bis dahin die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen hatte, in dieser Controverse, welche Autoren und Gerichte fortwährend theilt, der Ansicht des Pariser Cassationshofes beigetreten. Ueber die bisherige Jurisprudenz vrgl. Archiv, Bd. 44, 1, 98. —

Digitized by Google

van Elten — Lieven.

Lieven beſitzt in der Gemeinde Obermörmter ein Haus und Grundſtück, welches an der einen Seite durch den die Gemarkung gegen den Rhein ſchützenden Banndeich, an den andern Seiten von Privatgrundſtücken begränzt wird; über dieſe, und unter andern auch das des van Elten nimmt Lieven einen Fahrweg in Anſpruch, um zur Communalſtraße zu gelangen. Van Elten beſtritt dies Recht, und ſperrte den Weg durch Hecken und Gräben, daher Lieven Klage auf Zuerkennung der fraglichen Wegegerechtigkeit beim Kgl. Landgerichte zu Cleve erhob, zu deren Begründung anführend, daß der in Anſpruch genommene Weg ein Nothweg ſei, den er und ſeine Autoren von jeher bis in die neueſte Zeit benutzt hätten. Das Kgl. Landgericht ließ ihn durch Urtheil vom 31. Juli 1850 zu dem von ihm erbotenen alternativen Beweiſe darüber zu, daß der in Anſpruch genommene Weg als für das Grundſtück des Klägers ausſchließlich beſtehender Nothweg von ihm und ſeinen Autoren 30 Jahre vor Anſtellung der Klage — oder daß derſelbe 30 Jahre vor 1804 benutzt worden ſei.

Durch Urtheil vom 23. Oktober 1850 wurde der erſtere Beweisſatz für erbracht erklärt, und dem Klageantrag entſprochen.

Hiergegen ergriff der Verklagte das Rechtsmittel der Berufung, zu deren Begründung ausführend, daß durch die Möglichkeit, über den Banndeich zum Communalwege zu gelangen, die Exiſtenz eines Nothweges ausgeſchloſſen ſei, dieſe aber auch vorausgeſetzt, die Verjährung unter der Herrſchaft des B. G. B. nicht das Recht auf einen beſtimmten Weg begründen könne; daß endlich eine Erſitzung vor 1804 nicht nachgewieſen ſei. Appellatiſcher Seits wurden die faktiſchen Ausführungen des Appellanten beſtritten, und in jure bemerkt, daß für den Nothweg der Titel im Geſetze liege, daß aber auch aus dem Art. 685 das Recht der Fortbenutzung eines während 30 Jahren gebrauchten Nothwegs klar hervorgehe. Hierauf erging folgendes

Urtheil:

In. E., zur Sache ſelbſt, daß der Appellat ſeinen Klageanſpruch auf die zweifache Behauptung ſtützt, daß er nämlich die beanſpruchte Wegeberechtigung in der von ihm angegebenen Richtung während eines Zeitraums von dreißig

Jahren vor Anstellung der Klage als einen Nothweg benutzt, außerdem aber auch dieselbe bereits vor erfolgter Publikation des B. G. B. in rechtsverjährter Weise von ihm und seinen Vorfahren erworben gewesen sei;

Daß diesem entsprechend dem Appellanten durch den Vorbescheid des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 31. Juli 1850 der Beweis auch in beiden angeführten Beziehungen nachgelassen worden ist;

Daß nun, anlangend zuvörderst das Vorhandensein eines Nothwegs, sowohl aus der erfolgten Ortsbesichtigung, als auch aus den Aussagen der Zeugen sich mit überzeugender Gewißheit ergibt, daß der Appellat von seiner Wohnung, Ingerhauskothe genannt, den Gemeindeweg, Ringelbergweg genannt, nicht erreichen kann, ohne fremdes Eigenthum zu berühren, indem er ringsum von den Besitzungen dritter Personen umgeben ist, durch welche kein anderer Weg nach dem in Frage stehenden Gemeindewege führt, als nur derjenige, welcher, wie die Zeugen versichern, vor etwa zehn Jahren in Folge gegenseitiger Verabredung der betheiligten Grundbesitzer in der Richtung von e bis h der Handzeichnung, an der Stelle des von dem Appellaten beanspruchten, angelegt worden ist, dessen Gebrauch aber der Appellant, in soweit derselbe sein Eigenthum berührt, dem Appellaten nicht weiter gestatten will;

Daß zwar einige der abgehörten Zeugen und namentlich die vier Reprobatorial-Zeugen ausgesagt haben, daß der Appellat um zu seiner Wohnung zu gelangen, zuweilen über den Banndeich gefahren sei;

Daß aber dieses, wie von mehrern Zeugen und namentlich von dem ersten und zweiten Probatorial-Zeugen versichert wird, nur bei ungewöhnlichen Ereignissen, namentlich bei eingetretener Ueberschwemmung und nach vorher bei der Deichbehörde nachgesuchter Erlaubniß geschehen ist und überhaupt von keinem der abgehörten Zeugen, die Existenz eines Weges auf dem in Rede stehenden Banndeiche hat behauptet werden können;

Daß hiernach das Vorhandensein der Bedingung von welcher der Art. 682 des B. G. B. die Gestattung eines Nothweges abhängig macht, in dem vorliegenden Falle allerdings nachgewiesen worden ist;

J. E., daß die Zeugen fast alle übereinstimmend bekundet

haben, daß die Bewohner der gegenwärtig von dem Appellaten besessenen Ingerhauskothe von jeher und vor länger als dreißig Jahren vor der Anstellung der gegenwärtigen Klage, ihren Weg nach dem sogenannten Ringelbergswege in der von dem Appellaten behaupteten Richtung stets genommen haben, ohne daß dabei jemals eine Störung stattgefunden habe;

Daß nach der gleichzeitigen Aussage der Zeugen hierin vor etwa zehn Jahren nur in sofern eine augenblickliche Abänderung eingetreten ist, daß, wie namentlich der erste Propatorial-Zeuge angegeben hat, die betheiligten Grundbesitzer, damals dem fraglichen Wege eine andere Richtung gegeben haben, ohne jedoch darüber, daß dadurch eine rechtsverbindliche Abänderung der Richtung desselben bewirkt werden solle, eine vertragsmäßige Uebereinkunft zu treffen;

Daß folglich der Appellat die demselben von dem Kgl. Landgerichte zu Cleve nachgelassene erste Beweis-Alternative eines seit dreißig Jahren, vor der Anstellung der Klage, von Ingerhauskothe aus in der angegebenen Richtung ausgeübte Nothwegs vollständig erbracht hat;

J. E., daß nicht ununterbrochen fortdauernde Servituten, zu welchen eine Wegeberechtigung gezählt werden muß, der Verfügung des Art. 691 des B. G. B. zufolge, zwar nur durch Titel erworben werden können, daß jedoch diese gesetzliche Bestimmung auf die rechtliche Begründung eines Nothwegs, wovon es sich hier handelt, nicht ausgedehnt werden kann, weil für diesen, der Verfügung des Art. 682 des B. G. B. zufolge, das Gesetz als Titel gilt und folglich, wenn, wie dieses hier der Fall ist, die Ausübung eines solchen Nothwegs in einer bestimmten Richtung während der gesetzlichen Verjährungsfrist nachgewiesen ist, eben dadurch auch das Recht zu der fernern Ausübung des Nothwegs in dieser bestimmten Richtung als ein durch Verjährung erworbenes Recht betrachtet werden muß;

Daß daher die rechtliche Erörterung der Frage, ob der Appellat den ihm ebenfalls nachgelassenen Beweis einer bereits vor der Einführung des B. G. B. durch Verjährung erworbenen Wegeberechtigung ebenfalls geführt habe, so wie die Ermittelung der über das Alter des Zeugen N. N. erhobenen Zweifel, nach Lage der Sache auf sich beruhen bleiben kann.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

und ohne Rücksicht auf den Subsidiar-Antrag des Appellanten, verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Erkenntniß des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 23. Oktober 1850 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten.

III. Civilsenat. Sitzung vom 12. Februar 1851.

Advokaten: Bessel — Lautz.

Künstliche Wiesen. — Stoppelweide.

Im Sinne des Art. 9 des Ruralgesetzes vom 6. Oktober 1791. Tit. 1. Sect. IV sind unter künstlichen Wiesen Ackerfelder zu verstehen, welche mit Klee oder sonstigen Futterkräutern bestellt sind.

Wittmann — Adam.

Die Appellantin hatte bei dem Kgl. Landgerichte zu Trier eine Klage gegen den Appellaten erhoben, dahin gehend, daß eine Wiese desselben zu ihren (der Appellantin) Gunsten der Stoppelweide unterworfen sei, war aber unter'm 26. Januar 1846 mit ihrer Klage abgewiesen worden. In der Appellinstanz setzte Appellat der Klage unter Anderm entgegen, seine Wiese sei eine künstliche und deswegen von der Stoppelweide frei, auf seiner Wiese sei nämlich der Graswuchs nicht rein der Natur überlassen, sondern werde künstlich durch Düngung und Wässerung befördert, was er sich denn auch zu beweisen erbot. Von Seiten der Appellantin wurde dagegen mit Bezug auf Fölix, Weiderecht §. 34 und Curasson sur Proudhon I. nr. 355 aufgestellt, eine künstliche Wiese sei ein mit Klee oder sonstigen Futterkräutern bestelltes Feld, indem auf diesem fortwährend eigentliche Saat stehe, die ein Gegenstand der Stoppelweide nicht sein könne, während dasjenige, was auf der Wiese des Appellaten, nach der Grummetschur stehe, obgleich sie künstlich angelegt worden, der Stoppelweide herkömmlich unterworfen sei. Gegen Appellaten spräche auch das Wörterbuch der franz. Akademie, indem es sage:

„Prairies artificielles. Terres labourables, où l'on a semé pour quelques années, differens genres

d'herbes propres à la nourriture des animaux, comme trefle, sainfoin, luzernes; par opposition à prairies naturelles, celles, qui ne produisent pendant longues années que du foin ou semé ou venu en quelque sorte de lui-même."

Der Appellationshof ließ die Appellantin zu einem Beweise über eine obigem Satze fremde Thatsache zu und sagte in seinen Motiven, in soweit sie hieher gehören, Folgendes:

„J. E., daß der Appellat zwar behauptet und zum Beweise erbietet, daß seine Wiese als eine künstliche betrachtet werden müsse und dieselbe daher nach Art. 9 Abschnitt 4 des Ruralgesetzes vom 6. Oktober 1791 jedenfalls von der gemeinen Stoppelweide befreit sei; Daß diese Behauptung gleichwohl nur darauf gestützt wird, daß das Wachsen des Grases in der fraglichen Wiese nur durch besondern Fleiß und besondern Kostenaufwand, nämlich durch Bewässerung, Düngung, Auftragung des Bodens gefördert werde; daß jedoch im Gegensatz zu den natürlichen Wiesen unter künstlichen Wiesen im Sinne des Ruralgesetzes nur Ackerfelder zu verstehen sind, welche mit Klee oder sonstigen Futterkräutern bestellt sind, hiernach aber der vom Appellaten erbotene Beweis als irrelevant betrachtet werden muß."

II. Senat. Sitzung vom 28. Mai 1847.

Advokaten: von Hontheim — Compes.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Fünfundvierzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1850.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.
Achtunddreißigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1850.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Digitized by Google

Digitized by Google

Res judicata. — Aktiv-Legitimation des Cessionars. — Compensation. — Simulirte Cession.

Ist durch ein rechtskräftiges Urtheil zwischen Cessionar und debitor cessus eine Forderung in quanto festgestellt, so kann nicht hinterher der debitor cessus mit dem Einwande gehört werden, die Cession sei simulirt.

Nach rechtskräftiger Verurtheilung sind bei der Vollstreckung nur solche Einwendungen zulässig, welche auf die Behauptung sich stützen, entweder, daß dem Urtheile Genüge geschehen sei, oder, daß der Weigerungsgrund erst nach dem Urtheile entstanden sei.

Compensationseinreden, welche dem Cedenten gegenüber begründet gewesen sein würden, können dem Cessionar bei der Vollstreckung des Urtheils nicht mehr entgegengesetzt werden, wenn deren Vorschützung in dem Prozesse verabsäumt worden ist. Die nachträgliche Zulassung einer solchen Einrede verstößt gegen den Grundsatz der Rechtskraft.

Art. 1351 des B. G. B.

Wolf — Willig u. Barthelemy.

Laut eines notariellen Vertrages vom 1. März 1832 verschuldeten die Cassationsverklagten solidarisch an Friedrich Wolf die Summe von 2200 Thlr. Diese durch Abrechnung auf 2065 Thlr. reducirte Forderung cedirte Friedrich Wolf unterm 1. Februar 1834 an die Wittwe Zetter, welche am nämlichen Tage die Cession den Schuldnern signifizirte, jedoch am 12. Juli dess. J. die Forderung weiter an den jetzigen Cassationskläger, einen Oheim des ursprünglichen Gläubigers Friedrich Wolf, cedirte.

Gegen den Zahlungsbefehl dieses letzten Cessionars machten die Schuldner Einspruch, weil sie schon zur Zeit der an die Wittwe Zetter geschehenen Cession nicht mehr die ganze Summe verschuldet hätten und der jetzige Cassationskläger nur eine vorgeschobene Person, das ganze Geschäft mit ihm nur ein simulirtes sei.

Das Landgericht zu Elberfeld verwarf diesen Einspruch, der Appellationshof brachte dagegen eine bereits im October 1833 an den Cedenten geleistete Zahlung von 1518 Thlr. in Abzug und reducirte mit Berücksichtigung der Zinsen den Seitens des jetzigen Cassationsklägers geforderten Betrag auf 714 Thlr. 23 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen vom 16. Oct. 1833, indem er eine Intervention des ursprünglichen Gläubigers Friedrich Wolf verwarf.

Dies geschah durch Urtheil vom 9. März 1846, gegen welches kein Rechtsmittel eingelegt ist.

Digitized by Google

Wegen dieser ihm rechtskräftig zuerkannten Summe von 714 Thlr. 23 Sgr. 6 Pfg. setzte Bernhard Hermann Wolf ein bereits früher anhängiges Arrestverfahren fort, und verlangte die Gültigkeitserklärung für obigen Betrag; die Schuldner opponirten, weil sie auch diese Summe dem Friedrich Wolf nicht mehr verschuldeten, dieselbe vielmehr durch einen am 1. Februar 1834 acceptirten, später bezahlten Wechsel gedeckt sei. Das Landgericht zu Elberfeld verwarf wegen Rechtskraft des früher ergangenen Urtheils den Einspruch (Urtheil vom 12. November 1846.) die Schuldner appellirten. Während der noch unerledigten Berufung ließ der Cassationskläger am 22. Dezember 1846 auf den Grund des rechtskräftigen Urtheils einen neuen Zahlungsbefehl auf den Betrag von 714 Thlr. 23 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen zustellen; die Schuldner opponirten, weil die Forderung mehr als getilgt und Cassationskläger nur eine vorgeschobene Person sei. Friedrich Wolf wurde ihrerseits abcitirt. Auch diesen Einspruch verwarf das Landgericht zu Elberfeld, wegen Rechtskraft des Urtheils vom 9. März 1846, unterm 30. Juli 1847 und wies zugleich die Vertretungsklage als unstatthaft zurück. Beide Sachen wurden vereinigt, und der Appellhof hob demnächst die Urtheile des Landgerichts auf, erklärte die Einsprüche für begründet, die Abcitation dadurch für erledigt, und verurtheilte den jetzigen Cassationskläger sowohl in der Oppositions- als in der Arrestsache zum Schadenersatze und zu den sämmtlichen Kosten; die Gründe sind folgende:

I. E., daß es sich zunächst fragt, ob überhaupt eine solche Compensation nach dem ergangenen Appellations-Urtheile vom 9. März 1846, welches die Schuld der Appellanten definitiv auf 714 Thlr. 23 Sgr. festgestellt, noch zulässig sei, oder derselben vielmehr, wie Appellanten behaupten, die res judicata entgegensteht;

Daß aber in der 1. Instanz des früheren Oppositions-Prozesses die fragliche Wechselzahlung keinesfalls vorgebracht werden konnte, da dieselbe erst im Jahre 1840, ausweise der notariellen Urkunde vom 16. April 1840, also lange nach dem Urtheile 1. Instanz vom 10. Januar 1837 erfolgte;

Daß sie in 2. Instanz allerdings insofern geltend gemacht werden konnte, als es sich von Compensation handelte, wie solches der Art. 464 der B. P. O. ausdrücklich zuläßt; daß indeß da die in der Execution befindliche Forderung auf einem executorischen Titel dem Notarialakte vom 1. März 1822 beruhte, derselben mit Erfolg, in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 1291 des B. G. B. nur liquide Compensanda entgegengesetzt werden konnten, der Compensationsanspruch damals auf keine Weise liquid war, vielmehr erst durch die spätere unter'm 4. April 1846, also nach dem Appellationsurtheile vom 9. März 1846 eingeleitetete Prozedur beim Handelsgerichte liquid gestellt wurde, in welcher Bartelemy als Nachfolger von Willig und Bartelemy den nach Abzug der durch erwähntes Appellatons-Urtheil ihm zur Last gelegten Summe von 714 Thlr. 23 Sgr. nach seiner Berechnung ihm noch zu gutkommenden Saldo von 46 Thlr. 6 Sgr. 3 Pf. gegen Friedrich Wolf eingeklagt hatte, und am 21. Oktober 1846 ein condemnatorisches Urtheil des Handelsgerichts zu Elberfeld ergangen war;

Daß wenn solchemnach der Compensationsanspruch der Appellanten erst nach Beendigung jener ersten Oppositions-Prozedur liquid geworden ist, der Grundsatz, daß gegen die Execution eines rechtskräftigen Urtheils

Digitized by Google

nur ſolche Einwendungen vorgebracht werden können, welche erſt nach Erlaſſung des Urtheils entſtanden ſind, hier den Appellanten nicht entgegenſtehen kann;

J. E., daß wenn demnach die Zuläſſigkeit dieſes Compenſandums keinem Bedenken unterliegt, daran eben wenig Zweifel obwaltet, daß daſſelbe an ſich auch begründet iſt;

Daß nämlich, wie bereits erwähnt, das Urtheil des Handelsgerichtes vom 21. Oktober 1846 den Friedrich Wolf zur Zahlung eines Saldos von 460 Thlr. 6 Sgr. 3 Pfg. verurtheilte, welcher Saldo ſich nach Abrechnung der Wolf'ſchen Forderung von 714 Thlr. 23 Sgr. bildete, die Appellation gegen dieſes Urtheil auch verworfen wurde, ſo daß alſo dem Friedrich Wolf gegenüber die Aufrechnung jenes Compenſations-Anſpruches gegen die jetzt noch von Bernhard Hermann Wolf geltend gemachte Reſtforderung von 714 Thlr. 23 Sgr. eigentlich ſchon rechtskräftig feſtſteht;

J. E., daß es ſich demnach nur noch davon handelt, ob der Compenſations-Anſpruch auch dem Bernhard Hermann Wolf gegenüber begründet erſcheint;

Daß nun in dieſer Beziehung behauptet wird, die Ceſſion vom 1. Februar 1834 auf Bernhard Hermann Wolf ſei nur ſimulirt, und dieſer eine, von ſeinem Neffen Friedrich Wolf vorgeſchobene Perſon;

Daß gegen dieſe Behauptung jedoch wiederum die exceptio rei judicatae aus dem früheren Oppoſitionsprozeſſe erhoben wird, daß aber dieſer Umſtand damals nur beiläufig im Urtheile 1. Inſtanz zur Sprache gebracht wurde, das decisum hingegen darüber ausdrücklich nichts beſagt, und in der Appellations-Inſtanz davon überall gar keine Rede war;

Daß, indem überhaupt eine extenſive Interpretation einer rechtskräftigen Entſcheidung, und eine Ausdehnung derſelben auf andere Punkte, nach Vorſchrift des Art. 1351 nicht ſtatt findet, keinesfalls die Frage in Beziehung auf die jetzt von den Appellanten vorgebrachte Wechſelzahlung und deren Aufrechnung als entſchieden zu betrachten, demzufolge alſo für dieſe eine res judicata nicht vorhanden iſt;

Daß die behauptete Simulation aber auch offenbar vollkommen begründet erſcheint und zwar nach den eignen Erklärungen ſowohl des Friedrich Wolf als des Bernhard Hermann Wolf, in der gegen erſteren wegen Wechſelfälſchung ſtattgefundenen Criminalprozedur, aus welchen ſich ergibt, daß Bernh. Hermann Wolf bei dem ganzen Ceſſionsgeſchäfte, wie er ſich ſelbſt ausdrückt, nur ein Bote war, und den Ceſſionspreis von 2000 Thlr., den er von Friedrich Wolf oder deſſen Vater erhielt, der Cedentin Wittwe Zetter überbrachte;

Daß dieſe durch die Protokolle des Unterſuchungsrichters, alſo durch öffentliche Urkunden, conſtatirten Geſtändniſſe, da hier, wo es ſich von Simulation handelt, Vermuthungen nach Art. 1353 des B. G. B. zuläſſig ſind, keinen Zweifel übrig laſſen, daß Bernhard Hermann Wolf nur eine zum Scheine vorgeſchobene Perſon geweſen, und die eventuelle Eidesdelation darüber mithin jedenfalls unnöthig iſt;

Daß, da alſo die Ceſſion in der Wirklichkeit nicht von dem letztern, ſondern von Friedrich Wolf gethätigt worden, der Compenſationsanſpruch aus der Zahlung des Wechſels vom 1. Februar 1834 auch hier in dem Prozeſſe gegen Bernhard Hermann Wolf geltend gemacht werden kann, womit denn auch das rechtskräftig gewordene Judikat des Königlichen Handelsgerichtes zu Elberfeld vom 21. October 1846 übereinſtimmt;

Digitized by Google

Daß folglich die Opposition gegen die Zahlungsaufforderung sich als gerechtfertigt darstellt, und die Arreste gegen Willig mit Unrecht angelegt worden, und es demnach nicht weiter darauf ankommen kann, die besondere Einrede des Willig auf Grund der im Art. 64 des H. G. B. bestimmten fünfjährigen Verjährung, da die Handlung Willig und Barthelemy bereits unterm 10. April 1834 aufgelöst worden, zu prüfen.

Der Cassationskläger behauptet, dieses Urtheil enthalte eine Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 1350 Nro. 3. 1351, 1352, 1291, 1315, 1353, 1690 und 1295 des B. G. B. und des Art. 464 der B. P. O.

Er sucht durch eine Critik der Erwägungsgründe näher zu entwickeln, daß diese zu einem Spiele mit rechtskräftigen Urtheilen führen, und geht dann auf den Einwand der Simulation zuerst ein. Derselbe sei, sagt er, seinem Wesen nach, der der fehlenden Aktivlegitimation, alle Einwendungen, welche die Sachlegitimation des Klägers betreffen, seien unwiederbringlich verloren, wenn ihm die Forderung zuerkannt worden. Es sei eine neue vom Appellhofe erfundene Lehre, daß jeder Einwand ausdrücklich im Dispositive verworfen werden müsse, man könne auch stillschweigend Einreden durch die Verurtheilung verwerfen. Der Hof übersehe, daß das Bestreiten der Aktivlegitimation eigentlich kein Einwand, sondern eine negative Litiscontestation sei. Im vorliegenden Falle sei die Summe von 714 Thlr. 23 Sgr. 6 Pfg. dem Cassationskläger in seiner Eigenschaft als Cessionar zuerkannt worden, dieses Urtheil gelte als Wahrheit. Der Ausspruch, daß er dem ungeachtet nicht Eigenthümer der Forderung sei, verletze die Rechtskraft.

Stehe es hiernach unwiderruflich fest, daß Cassationskläger Rechtsnachfolger der Wittwe Zetter sei, so schwinde die Compensationseinrede von selbst. Wäre die Illiquidität derselben schon bei notariellem Akt ein Hinderniß gewesen, so müsse dies Hinderniß durch Hinzutritt eines rechtskräftigen Urtheils gewiß verstärkt werden; dem Cassationskläger gegenüber sei die Gegenforderung noch ebenso illiquid wie damals, ihn gehe das handelsgerichtliche Urtheil, welches sie feststelle, nichts an, er habe die Forderung nie anerkannt, sie immer bestritten. Der Erwägungsgrund erscheine aber nicht einmal haltbar. Habe der Schuldner unterlassen eine Gegenforderung compensando geltend zu machen, so könne er es nach rechtskräftigem Urtheil nicht mehr, er müsse eine selbstständige Klage anstellen, könne nicht durch einen verspäteten Einwand die Vollstreckung des Urtheils hemmen; die Entscheidung verletze den Art. 1291 des B. G. B. und den Art. 464 der B. P. O. Gesetzt aber die Compensationseinrede wäre an sich zulässig, so könne sie doch nicht dem Rechtsnachfolger der Wittwe Zetter opponirt werden. Diese habe schon am 1. Februar 1834 die Cession signifiziren lassen, es wäre also eine vor diesem Tage entstandene Gegenforderung nachzuweisen, der Accept des Wechsels aber, wodurch die Gegenforderung entstanden sein solle, sei mit einem Datum nicht versehen, die Abweisung hätte also wegen mangelnden Beweises erfolgen müssen; die Art. 1315, 1353, 1690 und 1295 des B. G. B. seien verletzt.

Die Cassationsverklagten erwidern: Es seien eigentlich 3 Cassationsmittel geltend gemacht. Bei dem ersten sei die Thatsache der Simulation nicht bestritten, der Appellationshof habe diese auch faktisch festgestellt, es komme daher nur darauf an, ob diese Thatsache noch eine Bedeutung habe?

Digitized by Google

Die Rechtskraft stehe dem nicht entgegen, denn in dem früheren Prozesse sei nicht die jetzige, sondern eine ganz andere Compensationseinrede gemacht, sie könne als solche auch jetzt noch geltend gemacht werden; ob sie verspätet sei, komme erst bei dem zweiten Cassationsmittel zur Sprache. Der Einwand der Simulation, wenn er durch das Urtheil vom 9. März 1846 stillschweigend verworfen wäre, habe doch nur in Beziehung auf das damals verhandelte zur Beurtheilung vorgelegen, er sei aber, wie der Appellationsrichter richtig bemerke, damals gar nicht verworfen, in der ersten Instanz nur beiläufig gemacht, in der zweiten gar nicht berührt.

Zerfalle das erste Cassationsmittel, so stehe es fest, daß der Cassationskläger nicht sein eignes Interesse wahrnehme, dem Friedrich Wolf aber könne die Einrede entgegengesetzt werden, weil sie erst nach dem Urtheile entstand, es sei der Einwand der Erfüllung. Ob die Gegenforderung schon vor dem Urtheile die Eigenschaft der Liquidität, welche der Art. 1291 erfordert, gehabt habe, sei eine faktische Frage, die der Appellhof verneinend beantwortet habe. Auch dem Cassationskläger gegenüber sei sie gegenwärtig, weil er nur eine vorgeschobene Person, völlig liquid.

Die dritte Behauptung, daß dem Cassationskläger als Rechtsnachfolger der Wittwe Zetter die Gegenforderung nicht in Aufrechnung gebracht werden könne, habe dem Appellhofe zur Entscheidung gar nicht vorgelegen, übrigens aber beruhe auch dies Cassationsmittel auf der Unterstellung, daß Cassationskläger wirklich Cessionar sei; wäre er es und der Einwand an sich noch zulässig, so würde der Appellhof dessen faktische Richtigkeit noch untersuchen müssen, weil er über diesen Einwand noch nicht erkannt habe.

Der Antrag des Cassationsklägers wurde auf: Cassation des angegriffenen Urtheiles vom 14. Januar 1848, in der Sache selbst auf Verwerfung der von den Cassationsverklagten gegen die Urtheile des Landgerichtes zu Elberfeld vom 12. November. 1846 und 30. August 1847 ergriffenen Berufung gerichtet.

Die Cassationsverklagten trugen auf Verwerfung des Recurses für den Fall der Cassation aber auf Zurückverweisung der Sache zur weiteren Entscheidung, insbesondere über die Aditation an den Appellhof an, indem sie für diesen eventuellen Antrag noch Folgendes bemerkten.

Sollte wider Erwarten das angefochtene Urtheil kassirt werden, so würde doch die Sache selbst noch keineswegs zur Entscheidung reif sein. Abgesehen davon, daß noch über den ad 3 bemerkten Einwand zu verhandeln sein würde, träte in jener Unterstellung auch die von dem Cassationsverklagten Willig aus dem Art. 64 des H. G. B. entnommene Einrede der Verjährung wieder ins Leben, über welche der Appellhof nicht erkannt habe, weil dies durch die den übrigen Einreden gegebene Entscheidung überflüssig geworden wäre. Vor allen Dingen aber würde nach ausgesprochener Cassation noch über die gegen Friedrich Wolf angestellte Garantieklage zu entscheiden sein, welche der Appellhof durch die Entscheidung der Hauptsache für erledigt erklärt habe, welche indeß ihre Bedeutung wieder gewinne, sobald die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr bestehe.

Es erging hierauf folgendes

Urtheil.

In E., daß die von dem Cassationskläger gegen die Cassationsverklagten angelegten Arreste durch das zwischen den jetzt streitenden Par-

Digitized by Google

teien ergangene Urtheil des Rheinischen Appellationshofes vom 9. März 1846 auf die Höhe von 714 Thlr. 23 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen vom 16. Oktober 1833 für gültig erklärt sind, mithin der Cassationskläger als Gläubiger der Cassationsverklagten für diesen Betrag anerkannt ist;

J. E., daß dieses Urtheil rechtskräftig, und die Behauptung einer Simulation, die Behauptung, daß Cassationskläger überhaupt niemals etwas zu fordern gehabt habe, ausschließt, daß mithin der Rheinische Appellationshof, indem er den Cassationskläger mit der ihm früher rechtskräftig zuerkannten Forderung abwies, die in Bezug genommenen Gesetze, insbesondere den Art. 1351 des B. G. B. verletzt hat;

J. E., daß auch nach rechtskräftiger Verurtheilung allerdings noch Einwendungen bei der Vollstreckung zulässig sein können, daß sie sich aber nothwendig auf den Nachweis stützen müssen, dem Urtheile sei entweder Genüge geschehen, was Cassationsverklagte gar nicht behaupten, oder es sei erst nach dem Urtheile der Weigerungsgrund entstanden, was ebenfalls nicht der Fall ist, indem Verklagte nur eine vor dem Urtheile angeblich schon begründete Compensationseinrede nachholen wollen;

J. E., daß diese Einrede, auch wenn sie gegen den ursprünglichen Gläubiger begründet wäre, in keinem Falle nach rechtskräftigem Urtheile jetzt noch dem Cessionar entgegengesetzt werden könnte, und der Appellationshof, indem er sie dennoch zum Gegenstande der Entscheidung machte, die bezogenen Gesetze ebenfalls verletzt hat;

J. E., daß aus diesem Grunde auch eine Zurückverweisung der Sache zur weiteren Verhandlung unstatthaft erscheint, weil unter den hier streitenden Parteien nichts zu verhandeln ist, die Ansprüche der Cassationsverklagten an den Abcitaten aber die Vollstreckung des Urtheiles vom 9. März 1846 nicht hemmen dürfen;

Aus diesen Gründen

kassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Appellationshofes vom 14. Januar 1848 unter Verurtheilung der Cassationsverklagten in die Kosten, die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheiles am Rande des cassirten, und die Rückgabe der Succumbenzgelder verordnend;

Und, indem er in der Sache selbst erkennt, verwirft der Cassationshof aus denselben Gründen die Berufung der Verklagten gegen die Urtheile des Landgerichtes zu Elberfeld vom 12. November 1846 und 30. August 1847 unter Verurtheilung der Appellanten in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 26. Juni 1849.

Ref. H. G. O. R. R. von Oppen. — Concl. H. G. P. Jaehnigen. Advokaten; H. H. Dorn u. Reusche.

Gemeindeweg. — Eingriff. — Polizeigericht. — Eigenthumseinrede.

Wird der Beschuldigung, einen strafbaren Eingriff in einen Gemeindeweg begangen zu haben, die Einrede des Eigenthums an dem fraglichen Platze entgegengestellt, so kann

Digitized by Google

der dem öffentlichen Ministerium obliegende Beweis durch Vorlegung einer von der competenten Verwaltungsbehörde über Umfang und Breite des Communalwegs ergangenen Bestimmung geführt werden; es bedarf nicht der Entscheidung der Civilgerichte über das Eigenthum des fraglichen Platzes. Gesetz vom 28. Sept. u. 6. Okt. 1791 Tit. 1 Absch. 4. Art. 2 u. 3.
Ges. v. 29. Messidor V. u. 9. Vendem. XIII.

Oeffentliches Ministerium — Plum.

Am 13. Mai 1848 erklärte das Polizeigericht zu Geilenkirchen den Schmied Gerhard Plum für überführt, neben seinem Wohnhause zu Hünshoven ein Fundament zu einem Neubau am Gemeindewege angelegt zu haben, ohne die Bestimmung des Alignements bei der Ortsbehörde nachgesucht zu haben; verurtheilte ihn daher nach dem für die Bürgermeisterei Geilenkirchen erlassenen Wege-Polizei-Reglement zu einer Geldbuße und in die Kosten und gab ihm zugleich auf, binnen 3 Monaten a dato die bis jetzt ausgeführten Arbeiten zu vernichten, ermächtigte endlich im Versäumungsfalle die Polizeibehörde, dies auf Kosten des Beschuldigten vornehmen zu lassen.

Am 15. Juli 1848 ward hierauf gegen den Nämlichen vor dem besagten Polizeigerichte die Beschuldigung erhoben:

Neben seinem zweiten Wohnhause zu Hünshoven in dem öffentlichen Wege eine Kalkgrube gemacht zu haben, welche mit Lagerhölzern und einigen Rädern überlegt worden, ferner auf dem nämlichen Platze Bauholz, Lehm und einen Haufen Schmiedeasche hingelegt zu haben.

Der Beschuldigte behauptete, daß der fragliche Platz nicht zum öffentlichen Wege gehöre, sondern nur an denselben grenze, und sein Eigenthum sei. Von zweien Seiten, bemerkte er, sei jener Platz durch seine Gebäulichkeiten eingeschlossen, bilde mit denselben einen spitzen Winkel, und habe von je her zu diesen Gebäulichkeiten gehört. Sowie seine Rechtsvorfahren habe auch er, und zwar noch im letzt verflossenen Jahre, dies Eigenthum benutzt. Die wirkliche Lage des Platzes zeige übrigens schon, daß er als Weg nicht benutzt werden könne, und kein öffentlicher sei.

Das öffentl. Ministerium trug auf Bestrafung des Beschuldigten an, und erging demnach folgendes

Urtheil:

In E., daß nach dem Ergebnisse der Verhandlungen die Stelle, welche der Beschuldigte zur Niederlage von Holz, Lehm und Asche benutzt hat, einen, auf zwei Seiten von den Gebäuden des Beschuldigten eingeschlossenen, winkeligen Raum bildet, welcher eben dieser Einschließung wegen nicht als Theil der vorbeiführenden Straße betrachtet werden kann, die Straße auch durch die, auf jenem kleinen Nebenraume niedergelegten Materialien nicht gesperrt ist;

Daß nach Lage der Sache auch nicht constirt, daß der fragliche Raum wirklich ein öffentlicher Platz ist, der Entscheidung der Eigenthumsfrage aber durch ein Erkenntniß des Strafrichters nicht vorgegriffen werden darf;

Digitized by Google

J. E., daß bereits durch Urtheil vom 15. Mai d. J. der Beschuldigte wegen versäumter Nachsuchung des Alignements betreff Errichtung des die fragliche Grube von der Straße trennenden Fundaments verurtheilt worden; die ihm zur Wiederherstellung des früheren Zustandes gestattete dreimonatliche Frist auch nicht abgelaufen ist;

Daß es sich daher im gegenwärtigen Falle auch in Betreff jener Grube nur um die Eigenthumsfrage handelt, welche vor dem Erkenntnisse des Strafgerichts entschieden sein muß, da schon in der früheren Klage wegen blos versäumter Nachsuchung des Alignements eine Anerkennung liegt, daß der zur Grube verwendete Platz Privateigenthum sei;

Aus diesen Gründen setzt das Königliche Polizeigericht das Erkenntniß in gegenwärtiger Sache so lange aus, bis über die Eigenthumsansprüche der Gemeinde Geilenkirchen resp. des Beschuldigten an dem fraglichen Platze entschieden sein wird ꝛc.

Gegen dieses Urtheil ward von dem öffentlichen Ministerium rechtszeitig der Cassationsrekurs eingelegt und zur Begründung desselben Folgendes ausgeführt;

Der Beschuldigte habe vor dem Polizeigerichte zugegeben, einen schriftlichen Beweis für das behauptete Eigenthum des fraglichen Platzes nicht beibringen zu können. Wie der beigefügte Situationsplan ergebe, bilde aber auch jener Platz keineswegs einen Spitzwinkel und werde nicht von zweien, sondern nur von einer Seite durch die Gebäude des Beschuldigten begrenzt. Die demselben im vorigen Jahre ertheilte Erlaubniß, mit seinem Thorbaue etwas auf den Weg vorzurücken, werde jetzt benutzt, um die unwahre Behauptung aufzustellen, daß der Platz von den Gebäuden eingeschlossen sei. In jedem Falle sei das vom Polizeirichter ausgesprochene Princip, daß alle in einem öffentlichen Wege vorhandenen Spitzwinkel den anschließenden Eigenthümern zuhörten, etwas Unerhörtes. Dergleichen Winkel gebe es Millionen in Städten und Dörfern. Mit diesem Grundsatze würde es den Privaten ein Leichtes sein, ihr Eigenthum bedeutend zu vergrößern, zugleich aber die so oft nothwendige Erweiterung der Straßen unmöglich gemacht werden. Die bloße Behauptung eines Beschuldigten, daß der Platz, auf dem er Materialien niedergelegt, sein Eigenthum sei, könne keine Veranlassung für den Richter sein, bis dahin daß rechtskräftig über die Eigenthumsfrage entschieden worden, die Sache auszusetzen. Hierdurch würde dem Beschuldigten das Mittel gegeben sein, sich jederzeit der Strafe zu entziehen. Die Folge würde allgemeine Unordnung sein, die Gemeinden würden alsdann genöthigt sein, jeden Zoll breit des öffentlichen Bodens durch rechtskräftige Urtheile feststellen zu lassen; da sie aber zur Führung solcher dummen Prozesse wohl keine Lust haben würden, so würde binnen kurzer Zeit kein öffentlicher Platz noch Weg mehr anzutreffen sein. Sollte es die Meinung des Polizeirichters gewesen sein, daß jeder öffentliche Weg durch authentische Urkunden nachzuweisen sei, bevor ein Straferkenntniß erfolgen könne, so müsse bemerkt werden, daß in der ganzen Monarchie dies nur höchst selten nachgewiesen werden könne. — Die Anlegung des Fundaments, welches Gegenstand der ersten Beschuldigung gewesen, sei dasjenige nicht, was unter der Kalkgrube, wovon jetzt die Frage, verstanden werde, es würde sonst eine doppelte Klage über dieselbe Contravention Statt gefunden haben; Obschon die Kalkgrube, heißt es wörtlich in der Denkschrift des Cassationsklägers weiter, im innern Raume des früher mit dem Erdboden gleichgelegten

Digitized by Google

steinernen Fundaments an einer Seite neuerdings gegraben und angebracht worden ist, sowie mehrere Materialien niedergelegt sind, so begründet dieses ohne allen Zweifel auch eine neue Contravention, und kann diese neuerdings begangene Contravention mit der dem ꝛc. Plum im früheren Urtheile zur Wiederherstellung des früheren Zustandes gestatteten dreimonatlichen Frist nicht in Verbindung gebracht werden. Wenn das Urtheil ausspreche, fährt Cassationskläger fort, daß in der frühern Klage, die blos wegen versäumter Nachsuchung des Alignements erhoben worden, eine Anerkennnung liege, daß der zur Grube verwendete Platz Privateigenthum sei, so müsse hiergegen bemerkt werden, daß Plum deshalb zur Verantwortung gezogen worden sei, weil ein Fundament nicht am Gemeindewege, sondern im Gemeindewege angelegt, diesen und den öffentlichen Boden angegriffen und verengt habe, wie dies klar genug in der Ladung und der beigefügten Abschrift des Protokolles ausgedrückt sei; Art. 471. Nro. 4 und 5 des Str. G. B.; Art. 4 des für Geilenkirchen erlassenen Straßenpolizei-Reglements vom 29. Juli 1842; das durch Rescript der Kgl. Regierung vom 3. April 1833, Amtsbl. S. 143 mitgetheilte Rescript der Kgl. Ministerien des Innern und der Justiz; Art. 40 des Ruralgesetzes, und Art. 2 der Jülich-Bergischen Polizeiordnung vom 10. October 1554 seien daher verletzt.

Zur Rechtfertigung seiner Ansicht berief Cassationskläger sich schließlich auf die Urtheile des Cassationshofes vom 31. Mai 1834, sowie vom 6. März und 22. September 1838.

Urtheil:

In E., daß es gemäß Art. 2 und 3, Titel 1, Sect. IV. des Gesetzes vom 28. September, 6. October 1791, ferner den Gesetzen vom 29. Messidor Jahres V und 9 Vendemiaire Jahres XIII zu den besondern Pflichten der Verwaltungsbehörden, vormals der Bezirksdirectorien, später der Präfecte, nunmehr der Kgl. Regierungen gehört, die bestehenden Vicinalwege aufzusuchen, und deren Lage, Ausdehnung und Grenzen festzustellen;

Daß gegen eine solche von der competenten administrativen Behörde in der vorgeschriebenen Form geschehene Feststellung Einsprüche im gerichtlichen Wege nicht gestattet sind, namentlich aber auch die den Privaten zustehenden Eigenthumsansprüche hiergegen nur in so weit vor den Civilgerichten geltend gemacht werden können, als hierdurch die Erwirkung einer gesetzlichen Entschädigung bezweckt wird;

Daß der Cassationsverklagte, der bei dem Polizeigerichte zu Geilenkirchen gegen ihn erhobenen Beschuldigung, auf einem Platze des öffentlichen Weges eine Kalkgrube gemacht, auch daselbst Bauholz, Lehm und einen Haufen Schmiedeasche hingelegt zu haben, die Einrede entgegengestellt hat, Eigenthümer des erwähnten Platzes zu sein;

Daß es dem öffentlichen Ministerium zur Begründung des genommenen Strafantrages hiernach allerdings oblag, nachzuweisen, daß der erwähnte Platz zum öffentlichen Wege gehöre;

Daß es jedoch einer Entscheidung der Civilgerichte über das Eigenthum des fraglichen Platzes zu dem Ende keineswegs bedurfte; der vorgedachte, dem öffentlichen Ministerium aufliegende Beweis vielmehr auch vor dem Polizeigerichte durch Vorlegung einer von der competenten administrativen Behörde über den Umfang und die Breite des Communalweges ergangenen Bestimmung geführt werden könnte;

Digitized by Google

Daß mithin das Polizeigericht zu Geilenkirchen, indem daſſelbe das Erkenntniß über die dem Caſſationsverklagten zu Laſt gelegte Contravention ſo lange ausgeſetzt hat, bis über die Eigenthumsanſprüche der Gemeinde Geilenkirchen resp. des Beſchuldigten an dem fraglichen Platze entſchieden ſein werde, die vorbezogenen Geſetze verletzt hat;

Aus dieſen Gründen

Caſſirt der Kgl. Reviſions- und Caſſationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Geilenkirchen vom 15. Juli 1848, legt dem Caſſationsverklagten die Koſten des Verfahrens zur Laſt, verordnet die Beiſchreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des caſſirten und verweiſet die Sache zur weiteren Verhandlung und Entſcheidung vor das Polizeigericht zu Jülich.

Sitzung vom 21. Mai 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Brewer. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Privatförſter. — Tod des Privatwaldbeſitzers.

Die öffentlichen Funktionen eines auf Lebenszeit beſtellten vereideten Privatförſters hören durch den Tod des Privatwaldbeſitzers, der ihn beſtellt hat, nicht auf.

Oeffentliches Miniſterium — Hoß II.

Der Schuſter Hoß II. zu Warweiler wurde vor das dortige Forſtpolizeigericht wegen der Beſchuldigung geladen, im December 1848 in dem den Erben von Mathias Roth zugehörigen Walde Holz entwendet zu haben. Die Beſchuldigung gründete ſich auf den Inhalt eines Protokolles, welches der von dem genannten verſtorbenen Mathias Roth auf Lebenszeit angeſtellte Privatwaldhüter Dimoling aufgenommen hatte. Es erfolgte indeß die Freiſprechung des Hoß aus folgenden Gründen:

J. E., daß der protokollirende Förſter zugibt, daß er von dem verlebten Mathias Roth auf Lebenszeit angeſtellt worden, daß das Mandat aber nach den civilrechtlichen Beſtimmungen mit dem Tode des Mandanten erliſcht, daß demnach auch dem vorliegenden Protokolle, weil der Protokollant nicht für die Erben des bereits ſeit langer Zeit verſtorbenen Erblaſſers die Hut übernommen, kein Glauben geſchenkt werden darf und ſonſtige Beweismittel nicht in demſelben angegeben ſind.

Auf den Caſſationsrecurs des öffentl. Miniſteriums erging folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Ermächtigung zur Ausübung der gerichtlichen Polizei als eines Ausfluſſes der dem Staate zuſtehenden Criminaljuſtizhoheit nur vom Staate ſelbſt oder einer durch ihn hierzu beſonders authoriſirten Behörde, in keinem Falle aber von einem Privaten ertheilt werden kann;

Daß der Art. 4 des Geſetzes vom 20. Meſſ. Jahres III. Art. 15, 16, Sect. 2 Titel 2 des Geſetzes vom 9. Flor. XI, ferner die Verordnung des Gen.-Gouv. von Nieder- und Mittelrhein vom 17. Auguſt 1814 den Beſitzern von Privatwaldungen allerdings geſtattet haben, zum Schutze ihres Waldeigenthums und namentlich zur Conſtatirung der an demſelben

Digitized by Google

verübten Vergehen besondere Beamten, die sogenannten Privatförster bei den zu dem Ende bezeichneten Verwaltungsbehörden in Vorschlag zu bringen; daß jedoch denselben Gesetzen zufolge die Ernennung oder Bestellung der besagten Beamten keineswegs durch einen Privaten, sondern nur durch die erwähnten, vom Staate angeordneten öffentlichen Behörden stattfinden kann, daß sich hieraus von selbst ergibt, daß die einem Privatförster auf dessen Lebenszeit dem Vorschlage eines Privatwaldbesitzers gemäß übertragenen öffentlichen Funktionen durch den Tod des letztern nicht für aufgehoben zu halten sind;

Daß das K. Forstgericht zu Warweiler daher, indem es den lebenslänglich angestellten Privatwaldhüter Demoling nach dem Tode des Waldeigenthümers Mathias Roth für ferner nicht befugt gehalten, die Holzentwendungen in den von demselben hinterlassenen Waldungen zu constatiren, die vorbezogenen Gesetze verletzt und den im Art. 2003 des B. G. B. über das Erlöschen des Mandats enthaltenen Grundsatz falsch angewendet hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Forstpolizeigerichts zu Warweiler vom 10. Februar 1849 u. s. w. und, indem er in der Sache selbst erkennt, nach Einsicht des von dem Waldhüter Demoling über den in dem Privatwalde der Erben von Mathias Roth vorgefallenen Holzdiebstahl errichteten Protokolls, verurtheilt derselbe den Schuster Johann Hoß II. zu Warweiler zum Ersatze des zu 5 Sgr. taxirten Werths des entwendeten Holzes sowie zu Erlegung des vierfachen Betrags und in die Kosten.

Sitzung vom 10. Juni 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Brewer. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Wahlmann. — Mandat. — Auslagen.

Das Amt der Wahlmänner zur Wahl der Abgeordneten für die Nationalversammlung oder die Kammern ist ein selbstständiges, politisches Ehrenamt, nicht die Gestion eines fremden Geschäfts.

Die Wahlmänner sind nicht befugt, Auslagen von der Gemeinde, als ihrer angeblichen Mandantin, erstattet zu verlangen.

Kirch — Gemeinde Boppard.

Der Rothgerber Johann Georg Kirch zu Boppard, welcher daselbst auf Grund der Wahlgesetze vom 8. April und 6. Dezember 1848 Behufs der Abgeordneten-Wahl zu der die Vereinbarung der preußischen Staatsverfassung bezweckenden Versammlung Wahlmann geworden war, und in dieser Eigenschaft und Angelegenheit einige Reisen gemacht hatte, klagte für desfallsige Reisekosten und Diäten bei dem Friedensgerichte zu St. Goar, dem gesetzlichen Stellvertreter des Friedensgerichts zu Boppard, gegen die Gemeinde Boppard, als seine angebliche Mandantin die

Digitized by Google

Summe von 11 Thlr. ein, während die Verklagte die Abweisung der Klage beantragte, weil die Gemeinde als solche dem Kläger kein Mandat ertheilt habe und der erhobene Anspruch durch kein Gesetz gerechtfertigt werde, mit dem Hinzufügen, daß auch das Kgl. Ministerium des Innern sich gegen die Verwaltungsbehörden bereits dahin ausgesprochen habe: daß die Wahlmänner für Reise- und Versäumnißkosten keine Entschädigung beanspruchen könnten, weil sie nur ein staatsbürgerliches Recht ausübten, für dessen Wahrnehmung kein Zwang bestehe. Das Friedensgericht zu St. Goar verurtheilte die Verklagte in die eingeklagte Summe nebst Zinsen seit der Klage und in die Kosten, indem es erwog:

J. E., daß die Urwähler nur in ihrer Eigenschaft als Gemeinde-Mitglieder zur Theilnahme an der Wahl der Wahlmänner berechtigt sind, die Wahl selbst auch als eine die Gesammtheit der Gemeinde-Einwohner betreffende Gemeinde-Angelegenheit betrachtet, und der gewählte Wahlmann als Mandatar der Gesammtheit der Gemeinde-Mitglieder, das heißt: der Gemeinde selbst, angesehen werden muß;

J. E., daß nach der Bestimmung des Art. 1999 des B. G. B. der Mandatar berechtigt ist, die zur Vollziehung des Mandats verausgabten Kosten und Vorlagen von dem Mandanten zurück zu verlangen, daß mithin auch die Beklagte, als Mandantin zur Erstattung dieser Kosten verpflichtet ist, daß auch bereits die Instruction für die Wahlen der Provinzialstände vom Jahre 1827 das Princip der Entschädigung der Wahlmänner für ihre Auslagen angenommen und nur die Höhe dieser Entschädigung der gütlichen Vereinbarung zwischen den Wahlmännern und der betreffenden Gemeinde überlassen hat;

J. E., daß die Höhe der geforderten Entschädigung nicht bestritten worden, die Ansätze auch nicht zu hoch erscheinen ꝛc.;

Gegen diese Entscheidung vom 5. Oktober v. J. hat der Kgl. Generalprokurator bei der hiesigen Stelle den Cassationsrecurs im Interesse des Gesetzes ergriffen, und zu dessen Rechtfertigung in seinem desfallsigen schriftlichen Antrage vom 12. Februar dieses J. angeführt:

Diese Entscheidung enthält eine unrichtige Anwendung des Art. 1999 des B. G. B. und eine Verletzung der Wahlgesetze vom 8. April und 6. Dezember 1848;

Denn der Art. 1999, indem er den Vollmachtgeber verpflichtet, dem von ihm Bevollmächtigten die Auslagen und Kosten zu ersetzen, die derselbe zur Ausführung seines Auftrags gemacht, setzt vor allen Dingen das Dasein einer Bevollmächtigung im Sinne des B. G. B. voraus, also nach Art. 1984 des B. G. B. einen Akt, durch welchen Jemand einen Andern ermächtigt, etwas für ihn und in seinem Namen zu thun, mit andern Worten: ein Geschäft auszuführen, welches der Auftraggeber selbst auszuführen hat. Darin aber besteht das Geschäft eines Wahlmannes nicht, dasselbe ist vielmehr ein selbstständiges politisches Ehrenamt, vermöge dessen, nach §. 2 des Wahlgesetzes vom 8. April und Art. 5 des Wahlgesetzes vom 6. Dezember 1848 der Wahlmann zur Wahl von Landesabgeordneten, nach freier Ueberzeugung, ohne rechtlich an die Meinung derjenigen, die ihn gewählt, gebunden zu sein, mitwirkt. Er führt dabei mithin nicht ein fremdes Geschäft aus, sondern sein eignes und ist also nicht Bevollmächtigter im civilrechtlichen Sinne. Er kann deshalb überhaupt nicht von einem Andern eine im Gesetze nicht bestimmte

Digitized by Google

Vergütung dabei gehabter Auslagen auf Grund des Art. 1999 des B. G. B. fordern, und das Urtheil vom 5. Oktober vorigen J., welches sie auf Grund jenes Art. bewilligt hat, wendet diesen mithin unrichtig an;

Könnte aber auch wirklich der Wahlmann als ein Beauftragter im Sinne des B. G. B. in Betracht kommen, so würde er doch jedenfalls nicht als Beauftragter einer Gemeinde betrachtet werden können. Denn der §. 1. des erst angeführten Wahlgesetzes bestimmt:

„Jeder Preuße, welcher das 24. Lebensjahr vollendet und nicht den Vollbesitz der bürgerlichen Rechte in Folge rechtskräftigen richterlichen Erkenntnisses verloren hat, ist in der Gemeinde, worin er seit 6 Monaten seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, stimmberechtigter Urwähler, insofern er nicht aus öffentlichen Mitteln Armenunterstützung bezieht."

Dasselbe bestimmt, in Bezug auf jeden selbstständigen Preußen der Art. 2 des Wahlgesetzes vom 6. Dezember 1848. Hiernach ist es keineswegs nöthig — wie das angefochtene Urtheil angenommen — daß man Gemeindemitglied sei, um Urwähler sein zu können; nur das ist, außer den hier nicht zur Sprache kommenden sonstigen, in den angeführten Gesetzesstellen bestimmten, Eigenschaften erforderlich, daß man ein Preuße sei, und darauf deuten der §. 2 des ersterwähnten und der Art. 3 des letzterwähnten Wahlgesetzes nochmals dadurch hin, daß sie grade der nicht zu einem Gemeindeverbande gehörigen Personen erwähnt, und ihre Theilnahme an den Urwahlen bestimmt haben. Natürlich aber mußten, da nicht alle Preußen an einem Orte zur Wahl schreiten konnten, Landesabschnitte bezeichnet werden, deren wahlfähige Bewohner zusammen zu wählen hatten und das Gesetz erwähnt in dieser Beziehung die Gemeinden; nicht als ob sie wählen sollten, sondern nur zur Bezeichnung der Wahlbezirke. Wählen die Urwähler hiernach nicht in der Eigenschaft als Gemeindeglieder, so ist auch die aus der entgegengesetzten Voraussetzung im angefochtenen Urtheile gezogene Folgerung unrichtig, daß die Wahl der Wahlmänner eine Gemeindeangelegenheit sei. Sie ist vielmehr eine Staatsangelegenheit, die durch alle Staatsangehörige ohne Rücksicht darauf, ob sie zu einer Gemeinde gehören oder nicht, ausgeführt wird. Eben deshalb aber können die Wahlmänner nicht Bevollmächtigte der Gemeinde sein, sondern sie sind Männer des Vertrauens der Staatsangehörigen eines Bezirks, welchen Kraft des Gesetzes das öffentliche Ehrenamt verliehen wird, Landesabgeordnete zu ernennen. Von der Gemeinde, deren Bevollmächtigte sie nicht sind, können die Wahlmänner daher, auch aus diesem Grunde, eine Erstattung von Auslagen nicht fordern.

In doppelter Beziehung ist mithin das angefochtene Urtheil den als verletzt angeführten Gesetzen zuwider, weshalb ich dahin antrage:

„Das Urtheil des Friedensgerichts zu St. Goar vom 5. Oktober v. J. — jedoch nur im Interesse des Gesetzes — zu kassiren, und die Beischreibung des zu erlassenden Urtheils am Rande des zu cassirenden Urtheils zu verordnen."

Auf den vorstehenden schriftlichen Antrag des General-Prokurators Jachnigen:

Nach Anhörung u. s. w. Cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof aus den in dem vorstehenden schriftlichen Antrage vom 12. Februar

Digitized by Google

l. J. entwickelten Gründen, jedoch nur im Interesse des Gesetzes, das Urtheil des Kgl. Friedensgerichts zu St. Goar vom 5. Oktober v. J. und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten.

Sitzung vom 5. März 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes. Conl.: H. G. P. Jaehnigen.

Beamter. — Tod. — Versiegelung. — Friedensrichter.

Wenn nach dem Tode eines Beamten dessen vorgesetzte Dienstbehörde mit Versiegelung der amtlichen Gelder und Papiere begonnen hat, so kann der Friedensrichter nicht nachträglich auf Grund des Art. 911 Nro. 3 der B. P. O. eine Siegelung derselben Gelder und Papiere vornehmen und dafür Gebühren vom Staate verlangen.

Art. 911 Nro. 3 der B. P. O. Cab.-Ordre vom 14. Juli 1843. Beschl. des Staats-Minist. vom 20. Mai 1845.

Regierung zu Trier — Gerlach u. Steimer.

Während der Art. 911 Nro. 3 der B. P. O. verfügt:

> daß die Siegel entweder auf Betreiben des öffentlichen Ministeriums oder auf die Erklärung des Bürgermeisters oder des Beigeordneten der Gemeinde oder selbst von Amtswegen von dem Friedensrichter angelegt werden sollen, wenn der Verstorbene öffentlicher Depositar war, und daß in diesem Falle die Siegel nur in Beziehung auf dieses Depositum und die dazu gehörigen Gegenstände anzulegen seien,

bestimmte die Cabinetsordre vom 14. Juli 1843:

> daß wenn in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln ein Staats- oder anderer öffentlicher Beamter, welcher Akten oder Gelder in amtlicher Verwahrung hat, verstirbt, die vorgesetzte Dienstbehörde zur Versiegelung der Akten und Gelder sowie der Lokale, worin dieselben aufbewahrt sind, befugt sein soll, ohne Unterschied, ob der übrige Nachlaß gerichtlich versiegelt wird oder nicht;

eine Ordre, über deren Auslegung Zweifel entstanden, zu deren Beseitigung das Königl. Staats-Ministerium unterm 20. Mai 1845 einen, den betreffenden Beamten mitgetheilten und in Abschrift gegenwärtig vorliegenden Beschluß dahin faßte:

1. Daß nach Inhalt der Allerhöchsten Cabinetsordre vom 14. Juli 1843 zwar auch der vorgesetzten Dienstbehörde die Befugniß zusteht und zugleich die Verpflichtung obliegt, die im Nachlasse der ihr untergebenen Beamten befindlichen öffentlichen Gelder und Akten und die Lokale, worin dieselben aufbewahrt sind, unter Siegel zu nehmen. Daß aber hierdurch

2. die den Friedensrichtern in Art. 911 Nro. 3 der B. P. O. beigelegte Befugniß zur Anlegung der Siegel auf die Gelder und Amtspapiere

Digitized by Google

eines vorstorbenen Verwaltungsbeamten keineswegs aufgehoben worden ist, und sie namentlich in dem Falle, wenn die Dienstbehörde nicht schon selbst Anstalten zur Siegelung getroffen hat, die Siegel anzulegen haben; daß ihnen jedoch

3. in diesem Falle die Pflicht obliegt, die vorgesetzte Dienstbehörde des verstorbenen Depositars sofort von der beschlossenen Siegelung in Kenntniß zu setzen, daß aber diese Verpflichtung im umgekehrten Falle auch der Dienstbehörde obliegen soll.

In Folge dieses Beschlusses und der gedachten Kabinetsordre begab sich laut vorliegender Verhandlung de dato Trier den 27. März 1848 Johann Haas, Verwalter der Bürgermeistereien Igel, Aach und Trierweiler und zu Trier wohnhaft, in das Sterbehaus des am Tage vorher zu Trier verstorbenen, für die Steuer- und Gemeindekasse Conz bestellten, zu Trier wohnhaften Steuer- und Gemeindeeinnehmers Joseph Süß, um zur Siegelanlage zu schreiten. Nachdem er den Kassenbestand in einen Beutel und diesen in einen im Geschäftslokal befindlichen Schrank gebracht und Beutel sowohl als Schrank bereits versiegelt hatte, erschien — so heißt es in der Verhandlung — auf die von dem Bürgermeistereiverwalter ergangene Anzeige der Friedensrichter des Stadtkantons Trier, Justizrath Gerlach, in Begleitung des Hülfsgerichtsschreibers, und versiegelte den gedachten Schrank, demnächst aber in Gemeinschaft mit dem Bürgermeistereiverwalter das Geschäftslokal des Verstorbenen. Die betreffenden Schlüssel wurden dem Friedensgerichtsschreiber durch den Bürgermeistereiverwalter übergeben, später zur Entsiegelung geschritten, die Gebühren des Friedensrichters und des Gerichtsschreibers — weil die Siegelanlage und Abnahme im Interesse des Staates geschehen — durch den Landgerichtspräsidenten zu Trier auf 15 Thlr. festgesetzt und die desfallsige Liquidation gegen die Königliche Regierung zu Trier executorisch erklärt, worauf die letztere gegen den Zahlungsbefehl vom 24. Juli 1848 am 5. Oktober ej. anni das Rechtsmittel der Opposition einlegte, weil Siegelung und Entsiegelung lediglich im Interesse der Erben Süß Statt gefunden hätten und folglich die desfallsigen Kosten von diesen, nicht aber vom Staate einzufordern seien.

Nachdem Opponentin auf Vernichtung des Zahlungsbefehls, Opponsten dagegen auf Verwerfung der Opposition angetragen hatten, erkannte das Landgericht zu Trier am 27. Dezember 1848. wie folgt:

J. E., daß im Allgemeinen den Betheiligten überlassen ist, zur Wahrung ihrer Rechte die Anlage der Siegel nachzusuchen;

Daß der Gesetzgeber indessen die im Art. 911 der B. P. O. angeführten Fälle für so wichtig gehalten hat, um die Siegelanlage entweder auf Veranlassung der Staats- oder Verwaltungsbehörde, oder von Amtswegen durch den Friedensrichter zu verordnen;

J. E., daß die Allerhöchste Kabinetsordre vom 14. Juli 1843 die Friedensrichter der ihnen nach dem Obigen aufliegenden Verpflichtung, betreffend die Siegelanlage, wenn der Verstorbene öffentlicher Depositar war, nicht entbunden hat, auch die durch die Kgl. Regierung zu Trier am 21. September 1845 bekannt gemachte Ministeralverfügung, abgesehen davon, daß sie gesetzliche Bestimmungen nicht ändern würde, nur verfügt, die Friedensgerichte und Verwaltungsbehörden sollten sich gegenseitig davon Kenntniß geben, wenn sie Siegel angelegt hätten;

Digitized by Google

Daß hiernach der Umstand, der Bürgermeister habe im vorliegenden Falle schon mit der Versiegelung begonnen und dieses dem Friedensrichter angezeigt, die Sache nicht ändert;

J. E., daß der Grund der Bestimmung im angeführten Art. 911 nur das Interesse des Staates sein kann, welches derselbe durch die dafür angestellten Beamten wahrnehmen läßt; daß ein allenfalls noch bestehender Zweifel, ob die Siegelanlage im Interesse der Erben des öffentlichen Verwahrers geschehen müsse, durch den Schlußsatz des angeführten Art., welcher die Anlage nur auf die sich auf die öffentliche Verwahrung beziehenden Gegenstände vorordnet, beseitigt wird;

J. E., daß die Friedensgerichte für Amtshandlungen, wie die vorliegende, von demjenigen, in dessen Interesse sie vorgenommen worden, die durch das Gesetz ihnen zugebilligten Gebühren zu fordern berechtigt sind;

Aus diesen Gründen

verwirft das Kgl. Landgericht den Einspruch vom 5. Oktober d. J. gegen die Zahlungsaufforderung vom 24. Juli 1848, gestattet die Fortsetzung der Execution und legt dem Opponenten die Kosten zur Last.

Gegen diese am 27. Januar 1849 der Opponentin zugestellte Entscheidung hat jene am 27. April d. J., rechtszeitig den Cassations-Rekurs ergriffen wegen Verletzung resp. falscher Anwendung der Kabinetsordre vom 14. Juli 1843 und des Art. 911 der B. P. O. und zu dessen Begründung angeführt:

— Unrichtig sei die Ansicht des Landgerichtes, daß die Friedensrichter von der ihnen nach Art. 911 der B. P. O. obliegenden Verpflichtung zur Siegelanlage von Amtswegen, wenn der Verstorbene öffentlicher Depositar war, nicht entbunden und daher die Cassationsverklagten auch im vorliegenden Fall die Siegel im Interesse des Staats angelegt hätten. Zwar bezwecke der Art. 911 die Sicherstellung des Depositums und somit die Wahrung des öffentlichen Interesse, derselbe sei aber durch die Kabinetsordre vom 14. Juli 1843 — wonach die vorgesetzte Dienstbehörde zur Versiegelung der Akten, Gelder und desfallsigen Lokale befugt sein solle, gleichviel, ob der übrige Nachlaß gerichtlich versiegelt werde, oder nicht — modificirt und die vorgesetzte Dienstbehörde an die Stelle des Friedensrichters gesetzt worden. Der Zweck des Art. 911 solle nunmehr durch die vorgesetzte Dienstbehörde erreicht werden und indem die Kabinetsordre ihrem Siegel vertraue und dasselbe anordne, schließe sie das Siegel des Friedensrichters als überflüssig aus, wie sich denn auch für ein Simultaneum beider Siegel kein vernünftiger Grund auffinden lasse, da die Kabinetsordre die Sicherstellung des dienstlichen Nachlasses der Beamten hat erleichtern und weniger kostspielig machen, nicht aber erschweren und vertheuren wollen, welches letztere bei der Concurrenz des Friedensrichters, abgesehen von deren Nutzlosigkeit, der Fall sein würde. Die beabsichtigte ausschließliche Thätigkeit der vorgesetzten Dienstbehörde gehe auch aus der Fassung der Kabinets-Ordre hervor, indem die Dienstbehörde die amtlichen Gegenstände versiegeln solle, ohne Unterschied, ob der übrige Nachlaß gerichtlich versiegelt werde oder nicht; es könne also neben der administrativen Versiegelung auch eine gerichtliche vorkommen, welche letztere sich dann aber auf den übrigen Nachlaß beschränken solle, da der dienstliche Nachlaß durch die Dienstbehörde bereits sicher gestellt worden sei und es der gerichtlichen Sicherstellung nicht mehr bedürfe

Schreite die Dienstbehörde nicht ein, so habe der Friedensrichter nach Art. 911 der B. P. O. allerdings auch den dienstlichen Nachlaß unter Siegel zu nehmen; schreite sie aber ein, so sei seine Thätigkeit ausgeschlossen, in welchem Sinne auch der Staatsministerialbeschluß vom 20. Mai 1845 die Kabinetsordre ausgelegt habe, indem nach ihm die den Friedensrichtern durch den Art. 911 auferlegte Verpflichtung nicht unbedingt aufgehoben worden, sondern für die Fälle des Bedürfnisses stehen geblieben sei, wenn nämlich die Dienstbehörde nicht schon selbst Anstalten zur Siegelung getroffen habe. Sei das letztere geschehen, so falle jene Verpflichtung hinweg und damit stehe denn auch die durch das Staatsministerium angeordnete gegenseitige Benachrichtigung in Verbindung, damit der Eine sich nicht bemühe, wenn der Andere bereits eingeschritten sei. Der gedachte Beschluß habe zwar gesetzliche Bestimmungen nicht abändern können, davon sei aber auch keine Rede, da der Art. 911 durch die an und für sich klare Kabinetsordre selbst modificirt und jener Beschluß nur in so fern angezogen worden, als er die Ansicht der höchsten Staatsbehörde über die Bedeutung der Kabinetsordre enthalte.

Auf die Behauptung der Cassationsklägerin, daß der Friedensrichter im Interesse der Erben Süß gehandelt und sich daher an diese zu halten habe, komme es nicht an, sondern nur darauf: ob die Cassationsverklagten im Interesse des Staates thätig gewesen? eine Frage, welche nach dem bisher Gesagten verneint werden müsse. Jene Behauptung, welche das Landgericht stillschweigend übergangen habe, sei aber auch begründet. Wenn auch die Wittwe Süß als Vormünderin der Minorennen zu betrachten, so sei doch ein Nebenvormund noch nicht bestellt gewesen, das Interesse der Mutter von dem der Kinder verschieden und letztere als Erben ihres Vaters dem Staate und den Gemeinden für den dienstlichen Nachlaß ihres Vaters verantwortlich, daher bei dessen Versiegelung zur Abwendung jeder Gefahr in hohem Grade interessirt. Zu dieser Versiegelung sei die vorgesetzte Dienstbehörde zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, sie könne bei sonstiger genügender Sicherheit der Erben auf die Siegelung verzichten und somit habe der Friedensrichter alle Veranlassung gehabt, zu Folge Art. 911 Nro. 1 die Siegel im Interesse der Minorennen anzulegen. — Der Antrag gehe daher dahin:

Der Revisions- und Cassationshof wolle das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Trier vom 27. Dezember 1848 kassiren und den Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last legen, demnächst aber in der Sache selbst sprechend, den Einspruch vom 5. Oktober v. J. gegen die Zahlungsaufforderung vom 24. Juli 1848 als gegründet annehmen, diese Zahlungsaufforderung vernichten und die Oppositen in die Kosten verurtheilen.

Die am 15. Mai curr. mit dreimonatlicher Frist geladenen Cassationsverklagten haben nicht geantwortet.

Urtheil:

In Erw., daß das in Antrag gebrachte Contumacialverfahren sich auf den §. 8 des Gesetzes vom 13. Oktober 1843 gründet;

Daß zur Sache selbst, nach der vorliegenden Siegelungsverhandlung vom 27. März 1848 und der Feststellung in den Motiven des angegriffenen Urtheils der Bürgermeister Haas die Siegelung der amtlichen Gelder und Papiere des verstorbenen Steuereinnehmers Süß im Auftrage

der Verwaltung bereits begonnen hatte, als die Cassationsverklagten erschienen und jene Gelder und Papiere mit dem friedensgerichtlichen Siegel ebenfalls versiegelten;

Daß es sich daher fragt: ob sie unter diesen Umständen zur Siegelung noch befugt wären und mithin vom Staate Gebühren dafür verlangen können;

Daß der Art 911 Nr. 3 der B. P. O. bei dem Absterben eines öffentlichen Depositars den Friedensrichter zur Siegelung des öffentlichen Depositums nebst Zubehör unbedingt verpflichtet, jedoch für den Fall keine Vorsorge getroffen hat, daß der Friedensrichter wegen zu großer Entfernung oder aus anderen Gründen an der sofortigen Siegelanlage verhindert sein möchte;

Daß deshalb die Allerhöchste Kabinetsordre vom 14. Juli 1843 zur Abhülfe des Bedürfnisses der schleunigsten Sicherstellung des öffentlichen Interesse der vorgesetzten Dienstbehörde des Verstorbenen ein selbstständiges Siegelungsrecht verliehen hat und mithin die vorgesetzte Dienstbehörde, wenn der Friedensrichter noch nicht gesiegelt hätte, durch ihre Siegel diejenige Sicherheit, welche bisher der Friedensrichter zu schaffen hatte, hervorbringen und folglich in soweit an die Stelle des Friedensrichters treten sollte;

Daß aber, wenn sie einmal an dessen Stelle getreten ist, und die Siegelung bereits begonnen hat, der Friedensrichter selbstredend diese Stelle nicht nachträglich einnehmen kann, um eine Siegelung vorzunehmen, welche den Staat bei der durch das Siegel der vorgesetzten Dienstbehörde bereits erfolgten Wahrung des öffentlichen Interesse nicht weiter interessirt; Daß dieses auch aus der Fassung der Allerhöchsten Kabinetsordre hervorgeht, indem sie, den Fall der noch nicht erfolgten friedensgerichtlichen Siegelung vor Augen habend, die vorgesetzte Dienstbehörde zur Versiegelung der amtlichen Gelder und Papiere verpflichtet, ohne Unterschied, ob der übrige Nachlaß gerichtlich versiegelt werde oder nicht, und mithin nur noch den übrigen Nachlaß als einen Gegenstand der gerichtlichen Versiegelung bezeichnet; Daß sie daher die nach Art. 911 der B. P. O. unbedingte Siegelungspflicht des Friedensrichters allerdings in eine bedingte verwandelt und folglich das angegriffene Urtheil den Art. 911 falsch angewendet resp. die gedachte Kabinetsordre verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof, in contumaciam der Cassationsverklagten, das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Trier vom 27. Dezember 1848, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten und legt dem Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last.

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

In E., daß mit Rücksicht auf die vorstehenden Motive und da die vorgesetzte Dienstbehörde des verstorbenen Steuereinnehmers Süß bei dem Erscheinen der Cassationsverklagten die Siegelung dessen Amtspapiere und Gelder bereits unternommen hatte, die Cassationsverklagten unter diesen Umständen zur Siegelung derselben Papiere und Gelder nicht mehr befugt waren und eben deshalb keine Gebühren dafür vom Staate verlangen können;

Daß daher die Opposition gegen den Zahlungsbefehl begründet erscheint, damit aber das diesem Befehl zum Grunde liegende Executorium des Landgerichtspräsidenten zu Trier vom 26. April 1848 von selbst seine Kraft verliert.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Einspruch der Kgl. Regierung zu Trier vom 5. Oktober 1848 gegen den Zahlungsbefehl vom 24. Juli dess. J. für begründet, hebt diesen Zahlungsbefehl hiermit auf und verurtheilt die Oppositen in die Kosten des Prozesses.

Sitzung vom 6. November 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokaten: Reusche.

Oeffentl. Ministerium. — Polizeigericht. — Besetzung des Gerichts. — Nichtigkeit des Urtheils. — Cassation. — Frist.

Ein Urtheil des Polizeigerichts, welches in Abwesenheit eines Beamten des öffentl. Ministeriums gesprochen worden ist, hat als von einem nicht gehörig besetzten Gerichte erlassen keine rechtliche Existenz und unterliegt der Cassation.

Die Frist zur Einlegung dieses Rechtsmittels beginnt in solchem Falle nicht mit dem Tage der Verkündigung des Urtheils. Art. 144 der B. P. O. Dekret vom 17. Dezember 1811. Art. 18.

Oeffentl. Ministerium — Guntermann.

Am 10. Juni 1849 gegen 7¼ Uhr Morgens hatte der 16jährige Franz Guntermann, früher ohne Gewerbe, jetzt Schusterlehrling zu Hilden, im Garten des Schneiders Balgo zu Benrath ein Pistol abgefeuert. Dieses Pistols bemächtigte sich der Polizeiofficiant Reusch und protokollirte, weil etwa 100 Schritt von der Kirche, an einer von Häusern umgebenen Stelle geschossen sei. Am 16. August 1849 wurde über die Sache vor dem Polizeigerichte zu Gerresheim verhandelt. Der Zeuge Balgo, welcher, wie es im Urtheile heißt, den gesetzlichen Eid geleistet hatte, versicherte, daß er selbst den Guntermann ersucht habe, in seinem Garten Spatzen zu schießen, der Fleck, wo geschossen wurde, sei 300 Schritte von der Kirche entfernt. Da indessen das öffentl. Ministerium auf Bestrafung nach der Brüchtentaxe vom 2. November 1802 und Confiscation des Pistols antrug, so sah das Polizeigericht sich veranlaßt eine Ortsbesichtigung zu verordnen, und bestimmte zu dieser Termin auf den 25. August. In diesem Termine zeigte der Denunciant den Fleck, der Zeuge Balgo aber einen andern Fleck, wo das Pistol abgefeuert sei. Der Richter nahm an, daß, wenn auch der erstere der richtige wäre, doch ein Schießen in der Nähe von Gebäuden nicht anzunehmen sei, sprach daher den Denunciaten von der Beschuldigung frei und verordnete die Rückgabe des Pistols. Dieses Urtheil ist zu Benrath gesprochen und als ein Urtheil erster Instanz qualificirt. Der Anwesenheit eines öffentl. Ministeriums ist nicht erwähnt; indessen gab der Denunciant Reusch sofort am nämlichen Tage und zwar zu Benrath vor dem Stell-

Digitized by Google

vertreter des Bürgermeisters, welcher Letztere die Funktionen des öffentl. Ministeriums in Gerresheim zu versehen hat, die Erklärung zu Protokoll: Er könne sich bei dem freisprechenden Urtheile nicht beruhigen und bitte die Berufung bei der betreffenden Staatsbehörde nachzusuchen. Der Protokollant schickte dann auch die Verhandlung unterm 27. August an den Oberprokurator zu Düsseldorf ein, indem er sich mit der Ansicht des Denuncianten einverstanden erklärte. Die Sache ruhte nun bis zum 15. September und zu ihrer Wiederaufnahme mag vielleicht Guntermann selbst dadurch Anlaß gegeben haben, daß er am 14. durch Gerichtsvollzieherakt in Folge des seiner Ansicht nach nunmehr rechtskräftigen Urtheils die Rückgabe des Pistols und die Erstattung von Kosten verlangte. Am 19. desselben Monats ließ er den Bürgermeister und Polizeisergeanten vor das Friedensgericht zu Gerresheim laden. Am 17. dagegen meldete der Bürgermeister im Auftrage des Oberprokurators den Cassationsrekurs an; die Notifikation an den Cassationsverklagten ist unter'm 22. erfolgt. Der Oberprokurator suchte nun unter andern festzustellen, ob im Widerspruche mit dem Inhalte des Urtheils der Zeuge Balgo unvereidet vernommen, ob zu Benrath im Gerichtslokal, ob der Bürgermeister bei der Verkündigung des Urtheils zugegen gewesen sei, und erwiderte unterm 21. September dem anfragenden Bürgermeister: der Cassationsrecurs solle verfolgt werden, das Pistol sei, bis über denselben entschieden worden, nicht zurückzugeben, vielmehr in der Civilsache auf Abweisung des Klägers anzutragen, und falls eine Verurtheilung dennoch erfolgen sollte, der Cassationsrekurs anzumelden. In der Cassationsrechtfertigungsschrift erklärt der Cassationskläger sich wie folgt: „Auf den leicht zu widerlegenden Inhalt des angegriffenen Urtheils habe ich nicht nöthig einzugehen, da derselbe wegen Ablaufs der zur Anmeldung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Frist keinen Grund zur Cassation mehr liefern kann. Dieser liegt in andern Gründen; einmal nämlich steht es durch die übereinstimmenden Erklärungen des Beamten des öffentl. Ministeriums und des Gerichtsschreibers fest (was mir von dem Polizeidiener Reusch mitgetheilt wurde) daß der in der Sitzung vom 16. August vernommene Zeuge Balgo, auf dessen Angaben die Entscheidung mit begründet ist, der Vorschrift des Art. 155 B. P. O. entgegen, nicht vereidigt worden ist, wiewohl im Urtheile das Gegentheil steht. — Sodann ist in dem urtheilsmäßig blos zu einer Lokalbesichtigung bestimmten Termine auch sofort ohne Beisein eines Vertreters des öffentl. Ministeriums das Erkenntniß gesprochen worden. Das Gericht war folglich mit Rücksicht auf Art. 144 der B. P. O. und Art. 18 des bergischen Dekrets vom 17. Dezember 1811 No. 52 nicht gehörig besetzt, es existirte gesetzlich gar nicht, sein Spruch blieb dem Staatsanwalte unbekannt, konnte mithin nur angegriffen werden, nachdem er von seiner Existenz zufällig Kenntniß erlangt hatte. Diese Gründe, namentlich der zweite, müssen meines Erachtens die Cassation unausbleiblich zur Folge haben und deckt dieser zugleich die Verspätung der Cassationsanmeldung. Ich trage deshalb ergebenst an, die Cassation des Erkenntnisses des Polizeigerichts zu Gerresheim vom 25. August d. J. und die Bestimmung eines andern Polizeigerichts zur Entscheidung der Sache zu veranlassen.

Der Cassationsverklagte seinerseits machte die Unannehmbarkeit und Unzulässigkeit des eingelegten Cassationsrekurses geltend, weil ein Urtheil erster Instanz vorliege, gegen welches keine Berufung ergriffen sei. Wäre er zulässig, so würde er wegen der schon am 8. September abgelaufen

Digitized by Google

gewesenen Frist verspätet erscheinen. Diese Rechtsansichten werden ausführlich entwickelt und Cassationsverklagter bemerkt, daß, wenn sie richtig, auf Einreden gegen das Urtheil in formeller Hinsicht nichts mehr ankommen könne; eventualiter werde, wenn auf die Nichtanwesenheit des öffentl. Ministeriums bei Publikation des Urtheils Gewicht gelegt werden sollte, weder diese bei gehöriger Ladung, noch jetzt eine Cassation begründen, noch auch die irrige Auffassung als ob der informationis causa vernommene Zeuge Balgo vereidet worden, von irgend einem Einflusse auf die Entscheidung sein können. Der Antrag wird auf Verwerfung des Recurses gerichtet.

Urtheil:

J. E., die Einrede der Unannehmbarkeit betreffend, daß die Zulässigkeit einer Berufung nicht durch die möglicher Weise unrichtige Qualifikation des anzugreifenden Urtheils, sondern durch die Gesetze bestimmt wird, daß im vorliegenden Falle nach Art. 172 der B. P. O. nur der Cassationsrekurs zulässig war und dieser daher nicht zugleich unstatthaft sein kann;

J. E., daß derselbe eben so wenig verspätet erscheint, indem das Urtheil am 14. September zugestellt, am 17. der Rekurs angemeldet ist und von einem früheren Fristenlauf da die Rede nicht sein kann, wo die Beschwerde gerade darauf gestützt wird, daß das Urtheil nicht öffentlich, nicht von einem gehörig besetzten Gericht und nicht an Gerichtsstelle gesprochen sei;

J. E., zur Sache selbst: daß der Cassationskläger zwar die uneidliche Vernehmung des Zeugen Balgo behauptet, diese Behauptung aber mit dem Inhalte des durch inscription en faux nicht angegriffenen Urtheils im Widerspruch steht und letzterer entscheidet, mithin die angebliche Verletzung des Art. 155 ihre Erledigung findet;

J. E., daß dagegen nach Inhalt desselben Urtheils das öffentl. Ministerium bei denselben nicht konkurrirt hat, das Gericht mithin nicht gehörig besetzt war und der Art. 144 der B. P. O., sowie das Organisationsdekret vom 17. Dezember 1811 Art. 18 verletzt, ein Urtheil gesprochen ist, welchem die rechtliche Existenz fehlt und gegen dessen versuchte Vollziehung der Rechtsschutz nicht versagt werden darf;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das am 25. August 1849 zu Benrath gesprochene Urtheil des Polizeigerichts zu Gerresheim und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, legt auch dem Cassationsverklagten die Kosten des Cassationsverfahrens zur Last, verweiset sodann die weitere Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst an das Polizeigericht zu Opladen.

Sitzung vom 6. November 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Municipalpolizei. — Feuerpolizei. — Schornsteine. — Reinigung. — Kehrbezirke. — Zwangs- und Bannrecht.

Die Bürgermeister sind befugt, unter Strafe zu verordnen, daß die Reinigung der Schornsteine durch dazu angestellte

Digitized by Google

Schornsteinfeger geschehen müsse, und nur durch die in den resp. Kehrbezirken bestellten Schornsteinfegermeister bewirkt werden solle.

Ein Zwangs- und Bannrecht kann hierin nicht gefunden werden. Berg. Dekret v. 18 Dezember 1808 Art. 28. Gew.-Ordn. v.17. Januar 1845. §. 4. 45. 56.

Oeffentl. Ministerium — Stachelhausen.

Die Gemeinde Barmen ist mit Genehmigung der Kgl. Regierung zu Düsseldorf behufs Reinigung der Schornsteine in 3 Kehrbezirke eingetheilt, für welche verschiedene Schornsteinfeger bestimmt sind. In der hierüber erlassenen und gehörig pulizirten Lokal-Verordnung des Bürgermeisters vom 14. Juli 1847 finden sich unter andern folgende Festsetzungen.

Art. 1. Die Reinigung der Kamine darf nur durch die dazu angestellten Schornsteinfegermeister oder in deren Auftrage von ihren vereidigten Gesellen bewirkt werden. Reinigungen, welche von den Hausbesitzern selbst, oder durch andere als die vorgedachten Personen vorgenommen worden, sollen als nicht geschehen angesehen werden.

Art. 2. Die Schornsteinfegermeister sind strenge angewiesen, die Grenzen resp. Districte bei Ausübung ihrer Arbeiten nicht zu überschreiten. . . Wird dieser Bestimmung dennoch zuwider gehandelt, so steht dem Schornsteinfeger des betreffenden Districts die Befugniß zu, auf Kosten desjenigen Hausbesitzers oder Bewohners, welcher diese Reinigung hat bewirken lassen, solche nochmals vorzunehmen. . .

Art. 8. Sollte ein Hauswirth das Reinigen der Kamine verweigern, und den Kaminfeger dreimal nacheinander zurückbestellt haben, so hat dieser davon den Polizei-Commissarien sofort Anzeige zu machen, welche alsdann gegen den Säumigen die Bestrafung bei dem Kgl. Polizeigerichte veranlassen werden.

In Folge dieser Lokal-Verordnung machte der Schornsteinfegermeister Schaefer die Anzeige, daß der Dr.-Med. Gustav Stachelhausen zu Barmen, am 26. 28. und 30. März d. J. ihm auf seine Meldung die Reinigung der Schornsteine verweigert habe. Dieser wurde daher zur Sitzung des Polizeigerichtes zu Barmen am 6. Juli c. geladen und erklärte hier, daß er seine Schornsteine durch den Kaminfegermeister eines andern Bezirkes fegen lassen und dieses dem Schaefer auf seine Meldung mit dem Bemerken erklärt, daß er seine Gebühren ihm Stachelhausen, von seinem Guthaben abhalten könne. Als dieser darauf die Schornsteine habe nachsehen wollen, habe er ihm den Zutritt verweigert. Habe er hierbei gefehlt, so wolle er sich der gesetzlichen Strafe unterwerfen, halte sich aber befugt, seine Schornsteine durch jeden beliebigen qualifizirten Kaminfeger reinigen zu lassen. — Nachdem hierauf der ꝛc. Schaefer eidlich vernommen, trug der Vertreter des öffentl. Ministeriums auf Grund der §§. 56 und 92 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, der Lokal-Verordnung vom 14. Juli 1847, der §§. 18 und 20 der Bergischen Feuer-Ordnung vom 5. September 1807, des §. 88 Th. II Tit. 20 des Allg. Landr. darauf an, den Beschuldigten zu einer Geldstrafe von 5 Thlr, eventuell zu achttägigem Gefängniß zu verurtheilen.

Digitized by Google

Das Polizeigericht vertagte die Sache zum 20. dess. Monats und erließ sodann folgendes

Urtheil:

I. E., daß der Beschuldigte auf Verurtheilung zu Strafe und Kosten vorgeladen worden ist, weil er am 26. 28. und 30. März dieses J. die Reinigung der Schornsteine dem Schornsteinfeger Schaefer verweigert habe;

Daß der Beschuldigte behauptet, seine Schornsteine durch einen andern Kaminfeger reinigen gelassen zu haben, daß diese Behauptung von dem öffentl. Ministerium nicht widersprochen worden, auch durch die Aussage des als Zeuge vernommenen Kaminfegers Schaefer der Beweis nicht geführt worden, daß der Beschuldigte überhaupt seine Schornsteine nicht habe reinigen lassen;

Daß der §. 18 und 20 der Altbergischen Feuer-Ordnung vom 5. September 1807, insbesondere der Art. 471. §. 1 des Str. G. B., der als das jüngste Strafgesetz zur Anwendung kommen würde, nur die Vernachlässigung des Reinigens der Schornsteine mit Strafe bedroht; daß eine solche Vernachlässigung hier nicht erwiesen worden ist, daher auch das Strafgesetz keine Anwendung finden kann;

Daß aber auch der Strafantrag des öffentl. Ministeriums sich auf die Bekanntmachung des Bürgermeisters Wilkhaus vom 14. Juli 1847 und zwar auf die §§. 1 und 2 gründet, wonach auf Grund der geschehenen Eintheilung hiesiger Stadt in drei Schornsteinfegerdistricte die Reinigung der Schornsteine nur durch den Districtsfeger geschehen darf, und dieser autorisirt wird, die Reinigung, wenn solche durch einen andern Schornsteinfeger geschehen, auf Kosten des Hausbewohners, der diese hat bewirken lassen, nochmals vorzunehmen;

Daß es sich also recht eigentlich um die Frage handelt, ob der Beschuldigte verpflichtet sei, seine Schornsteine nur durch den Districtsfeger reinigen zu lassen, im vorliegenden Falle mit andern Worten: steht dem Kaminfeger Schaefer ein ausschließliches Recht auf Reinigung aller Schornsteine in dem ihm zugewiesenen Districte zu, wie der Schaefer solches in seiner der Klage zum Grunde liegenden Eingabe und in seinem Zeugniß in Anspruch nimmt und worin das öffentl. Ministerium ihn schützen will, weil es die Klage auf den Umstand begründet, daß der Beschuldigte die Reinigung seiner Schornsteine gerade durch den Zeugen Schaefer geweigert habe;

Daß im Eingehen auf diese Frage die Schornsteinfegerei nach §. 45 der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 ein Gewerbe ist, dessen Ausübung besonderer polizeilichen Genehmigung bedarf;

Daß der Zeuge Schaefer dadurch, daß er als Schornsteinfeger in hiesiger Stadt, und zwar für einen bestimmten District angestellt worden, nur die Autorisation erlangt hat, in diesem Districte sein Gewerbe auszuüben;

Daß, wenn auch auf Grund des §. 56 der Gewerbe-Ordnung durch die vorgelegte Verfügung der Kgl. Regierung vom 2. März 1847 die hiesige Stadt in drei Kehrbezirke eingetheilt, und einer derselben, worin der Beschuldigte wohnt, dem Zeugen Schaefer übertragen ist, dieser Eintheilung nur Verwaltungsrücksichten im Interesse der Schornsteinfeger selbst, zur Erhaltung des Friedens unter ihnen und zur Sicherung möglichst gleichmäßiger Existenz zum Grunde liegen, wie das auch aus den vorgelegten Verwaltungsakten klar hervorgeht;

Digitized by Google

Daß aber hieraus kein Gerechtsam für die Schornsteinfeger auf ausschließliche Reinigung aller in ihrem Districte befindlichen Schornsteine sich deduciren läßt, indem dies ein förmliches Zwangs- und Bannrecht darstellen würde;

Daß ein solches Zwangs- und Bannrecht hier nie existirt hat, auch diese Rechte durch den §. 4 der Gewerbe-Ordnung ausdrücklich aufgehoben sind, daß es sohin unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, durch die Zulassung der Eintheilung einzelner Städte in Kehrdistricte wiederum ein Zwangs- und Bannrecht zu Gunsten einzelner Schornsteinfeger zu creiren, das der vorhergehende Eingangs-Paragraph aufhebt, indem, wenn man dies annehmen wollte, die Gewerbe-Ordnung in den betreffenden §§. 4 und 56 in einen offenbaren Widerspruch zerfallen würde;

Daß dieser Widerspruch um so weniger anzunehmen, als die Schornsteinfegerei ihrer rechtlichen Natur nach keine amtliche Function, sondern nur ein Gewerbe ist;

Daß der Schornsteinfeger die Einwohner seines Districtes, bei denen er sein Gewerbe verrichtet, nur als seine Kunden ansehen kann, und daß es die Freiheit des Bürgers in hohem Grade verletzen hieße, wenn man diesen nöthigen wollte, das Gewerbe des Reinigens durch eine ihm vielleicht mißliebige Person vornehmen zu lassen;

Daß demnach die Stellen der Bekanntmachung des Bürgermeisters Wilthaus, die die Handhabung eines solchen Bann- und Zwangsrechts für die hiesigen Schornsteinfeger im Auge haben, sich auf kein Gesetz gründen, daher auch kein Strafantrag darauf begründet werden kann;

Daß der Beschuldigte auch aus dem Grunde nicht strafbar erscheint, weil dem Schaefer als Districtsfeger das Nachfegen oder das Nachsehen, ob gehörig gefegt worden, unthunlich gemacht oder verweigert worden ist, indem eine solche Revision, die doch nur das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Feuergefährlichkeit aus polizeilichen Rücksichten zum Gegenstande haben kann, dem Schaefer überhaupt nicht, selbst durch die bezogene Bekanntmachung nicht aufgetragen worden ist;

Daß vielmehr nur die Polizeibehörde befugt ist, eine solche Revision durch ihre Organe vornehmen zu lassen, auch wenn sie den Schaefer mit einer solchen Function beauftragen will, denselben, der erst dann für dies Geschäft, mit einem dienstlichen Charakter bekleidet würde, hierzu gehörig bestellen mag;

Daß endlich auch umsonst der ꝛc. Schaefer sich auf die mehrerwähnte polizeiliche Bekanntmachung, rücksichtlich der ihm zustehenden Gebühren, im Falle der Verweigerung des Fegens beruft, indem der Gewerbtreibende nur da Bezahlung der Taxe fordern kann, wo er wirklich gearbeitet hat, überdies aber das im §. 2 der Bekanntmachung gestattete Nachfegen auf Kosten des Hausbesitzers, im Falle selbst, wenn das Fegen vorher gehörig geschehen, diese Kosten die Natur einer wirklichen Steuer, den sämmtlichen Hausbesitzern zu Gunsten einzelner Gewerbtreibenden auferlegt, annehmen würde, zu deren Einführung es eines speciellen Gesetzes von Seiten der Staats-Regierung bedürfte;

Aus diesen Gründen

erkennt das Kgl. Polizeigericht in letzter Instanz für Recht und spricht den Beschuldigten als nicht überführt von der gegen ihn erhobenen Beschuldigung mit den Kosten frei.

Digitized by Google

Gegen dieses Urtheil hat der Vertreter des öffentl. Ministeriums den Cassationsrecurs rechtzeitig angemeldet, auch denselben dem Beschuldigten notifiziren lassen.

In seinem Einsendungsberichte bemerkt der Ober-Prokurator zu Elberfeld: Das Urtheil verletzt sowohl den §. 56 der Gewerbe-Ordnung als die Art. 1, 2 und 8 der angeführten Lokal-Verordnung. Durch jenen §. 56 seien die Regierungen ermächtigt, Kehrbezirke für die Schornsteinfeger anzuordnen, mithin die Concession, deren dieses Gewerbe überhaupt bedarf, auf bestimmte Bezirke zu beschränken. Die Lokal-Verordnung vom 14. Juli 1847 bestimme daher mit Recht, daß Reinigungen durch andere Personen als den Schornsteinfeger des Districtes als nicht geschehen anzusehen seien. Es wird daher darauf angetragen, das Urtheil des Polizeigerichtes wegen Verletzung des §. 56 der Gewerbe-Ordnung und der Art. 1, 2 und 8 der Lokal-Verordnung vom 14. Juli 1847 zu kassiren und den Art. 471. Nro. 1 des Str. G. B. gegen den Beschuldigten anzuwenden.

Urtheil:

In E., daß die Bekanntmachung des Bürgermeisters zu Barmen vom 14. Juli 1847 diejenigen Hauswirthe, welche das Reinigen der Kamine weigern und den Kaminfeger des Districts dreimal nacheinander zurückbestellt haben, mit Strafe bedroht;

In E., daß durch den Art. 28 des Dekretes vom 18. Dezember 1808 für das vormalige Großherzogthum Berg den Municipalbehörden die Vorsichtsmaaßregeln zur Verhütung der Feuersgefahr überlassen sind;

Daß die vorgedachte Lokal-Verordnung eine solche Vorsichtsmaaßregel bezweckt, mithin innerhalb der Befugnisse des Bürgermeisters liegt und von den Gerichten zu befolgen ist;

In E., daß die Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 im §. 45 das Gewerbe der Schornsteinfeger unter diejenigen rechnet, welche nicht ohne Autorisation der Obrigkeit ausgeübt werden dürfen, daß sie ferner im §. 56 den Regierungen die Befugniß beilegt, Kehrbezirke einzuführen;

Daß zwar durch den §. 4 derselben Gewerbe-Ordnung die Zwangs- und Bannrechte aufgehoben sind, daß jedoch solche Rechte die Existenz eines Bannberechtigten voraussetzen, während den Schornsteinfegern nach dem angeführten §. 56 kein Widerspruch gegen die Aufhebung oder Veränderung der Kehrbezirke zusteht;

Daß mithin die Verordnung vom 14. Juli 1847, wenn sie mit Beziehung auf die für die Stadt Barmen durch die Regierung verfügten Kehrbezirke nähere Vorschriften für den Dienst der Schornsteinreinigung innerhalb derselben erließ, keineswegs ein Zwangs- und Bannrecht für den Schornsteinfeger des Bezirks errichtete und mithin nicht gegen den §. 4 der Gewerbe-Ordnung verstieß, vielmehr sich an den §. 56 derselben anschloß;

In E., daß hiernach das Polizeigericht, indem es dieser Lokal-Verordnung die Rechtsgültigkeit absprach, dieselbe und den §. 56 der Gewerbe-Ordnung verletzte.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichtes zu Barmen vom 20. Juli c., verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten und legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last.

Digitized by Google

Sodann in der Sache selbst, an die Stelle des Polizeirichters tretend.

J. E., daß die Anklage dahin gerichtet und der Beschuldigte überführt ist am 26. 28. und 30. März dieses J. die Reinigung der Schornsteine dem Kaminfegermeister Schaefer verweigert zu haben;

Daß diese Handlung durch die polizeiliche Bekanntmachung des Bürgermeisters zu Barmen vom 14. Juli 1847 mit einer nicht näher bestimmten Strafe bedroht ist.

Aus diesen Gründen

und eingesehen den Art. 8 dieser Verordnung, den §. 33 des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818, den §. 88, Titel 20 Theil 2 des Allgemeinen Landrechts und den Art. 162 der Str. P. O. u. s. w. — erkennt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in letzter Instanz, erklärt den Beschuldigten der verweigerten Reinigung seiner Schornsteine für überführt, verurtheilt ihn deshalb in eine Geldbuße von 1 Thlr., welcher im Unvermögensfalle eintägiges Gefängniß substituirt wird, und legt ihm die Kosten zur Last.

Sitzung vom 6. November 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Eine gleiche Entscheidung erfolgte an demselben Tage gegen den Kaufmann C. F. Klein zu Barmen.

Municipalpolizei. — Lokal-Reglement. — Reinigung der Abtritte. — Gewerbefreiheit.

Die Municipalbehörde ist befugt, ein Lokal-Reglement unter Strafandrohung zu erlassen: wonach das Ausleeren der Abtritte und das Wegschaffen der Excremente ausschließlich dem Straßenreinigungsunternehmer übertragen sein soll. Hierin ist eine Ausübung der Straßen- und Gesundheitspolizei, nicht eine Beschränkung der Gewerbefreiheit zu finden.

Dekret vom 16—24. August 1790, Tit. 11, Art. 3.
Dekret vom 19—22. Juli 1791, Tit. 1, Art. 46.
Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845.

Oeffentl. Ministerium — Klein u. Essmann.

Das Straßen-Reinigungs-Reglement der Stadt Köln vom 21. November 1845 enthält im §. 26 die Bestimmung, daß

> der Unternehmer der Straßenreinigung mit dem Ausleeren der Abtritte und Wegschaffen der Excremente (mit Ausnahme der Abtritte in Gefängnissen und gewissen andern speciell namhaft gemachten Gebäuden) ausschließlich beauftragt sei,

und im §. 37 die Bedrohung, daß jede Uebertretung der vorangegangenen Vorschriften sowohl von Seiten der Stadtbewohner als des Unternehmers ohne Nachsicht und Unterschied der Personen den betreffenden Polizeigerichten zur gesetzlichen Bestrafung angezeigt werden solle.

In Folge dieser Bestimmungen wurden Heinrich Klein, Fuhrknecht, und Heinrich Essmann, Fuhrunternehmer, beide zu Köln wohnhaft, mit der Beschuldigung:

Digitized by Google

in der Nacht vom 11. auf den 12. Juli 1849 auf der Herzogstraße in dem Hause Nro. 3 unbefugter Weise den Abtritt gereinigt zu haben, vor das Polizeigericht des 2. Stadtbezirks zu Köln geladen.

Auch wurde ferner derselbe Heinrich Essmann mit der Beschuldigung:

in den Nächten vom 11.—13. Juli ej. den Abtritt des Hauses Nro. 26 auf dem Thurnmarkte zu Köln ohne Befugniß gereinigt zu haben,

vor das Polizeigericht Nro. 1 zu Köln geladen.

In beiden Fällen räumten die Beschuldigten die Thatsache als richtig ein, bestritten jedoch die gesetzliche Gültigkeit des Reglements, in soweit es dem Straßenreinigungs-Unternehmer die ausschließliche Befugniß zur Reinigung der Abtritte beigelegt habe, als der Freiheit der Gewerbe und der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, wonach die Ausübung der Abtritts-Reinigung an eine vorherige polizeiliche Autorisation nicht gebunden sei, widerstreitend.

Beide Polizeigerichte nahmen jedoch die Gültigkeit des Reglements an, erklärten daher die Beschuldigten der ihnen zur Last gelegten Contravention für überführt und verurtheilten sie auf Grund der citirten §§. und des §. 34 des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 zu Strafe und Kosten, und zwar das Polizeigericht Nro. 2 Klein und Essmann jeden zu einer Geldbuße von 1 Thlr. 20 Sgr. resp. dreitägigem Gefängniß; das Polizeigericht Nro. 1 aber: den Essmann zu einer Geldbuße von 1 Thlr. 15 Sgr. resp. zweitägigem Gefängniß.

Gegen beide Urtheile appellirten die Beschuldigten und es erfolgte nun die Verhandlung und Entscheidung vor der ersten Correctionellkammer des Kgl. Landgerichtes zu Köln am 22. September d. J. in einer Sitzung und durch ein reformatorisches Urtheil folgenden Inhalts:

J. E., daß bei der Gleichartigkeit des Gegenstandes der Beschuldigung in den unter den Nummern 3003 und 3004 des Delicten-Registers aufgeführten, heute zur Verhandlung anstehenden Sachen und da in beiden der Heinrich Essmann als Beschuldigter resp. Appellant figurirt, es angemessen erscheint, dieselben zu verbinden.

J. E., zur Hauptsache, daß es unzweifelhaft den Strafgerichten obliegt, zu untersuchen, ob die Behörden, auf deren Verordnungen ein Strafurtheil gegründet werden soll, zur Erlassung dieser Verordnungen competent waren; daß dieser Satz namentlich auf die mit Strafdrohungen begleiteten Verfügungen der städtischen Behörde Anwendung findet und dieselben nur insofern normgebend für den erkennenden Richter sind, als sie sich innerhalb desjenigen Kreises bewegen, in welchem die gesetzgebende Gewalt des Staates die Competenz der Gemeinde-Behörde umschrieben hat, im Zweifel aber eher eine einschränkende als eine ausdehnende Interpretation eintreten muß, da die Delegation eines Theils der gesetzgebenden Gewalt an eine untergeordnete Behörde offenbar als ein Ausnahmeverhältniß erscheint;

J. E., daß nun zwar das Gesetz vom 16.—24. August 1790, Titel 11, auf welches das dem erstrichterlichen Straferkenntnisse zum Grunde gelegte Reglement vom 21. November 1845 basirt ist, die Gemeindebehörde mit der Ueberwachung (vigilance) der Straßen in Bezug auf Reinlichkeit und Bequemlichkeit, so wie auch mit der Obsorge betraut hat, daß keine schädlichen Ausdünstungen entstehen, mithin jenes Reglement im Allgemeinen und seinem Zwecke nach allerdings sich innerhalb der

Competenz der administrativen Polizei-Behörde bewegt; daß jedoch der Begriff der Ueberwachung nicht soweit ausgedehnt werden kann, auch keine andere Gesetzesstelle vorliegt, um der speciellen im §. 26 des gedachten Reglements enthaltenen Vorschrift, welche für die Latrinen-Reinigung in hiesiger Stadt ein förmliches Monopol schafft, als Ausgangspunkt dienen zu können, und zwar um so weniger, als diese Verfügung sogar mit einem allgemeinen Gesetze, der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, in Widerstreit tritt, welche die Gewerbefreiheit als allgemeinen Grundsatz aufstellt und nur in Bezug auf gewisse gewerbliche Verrichtungen, wozu aber die hier in Rede stehende keineswegs gehört, Beschränkungen für zulässig erklärt;

Daß hiernach der von dem ersten Richter ausgesprochenen Verurtheilung ein bindendes Strafgesetz nicht zum Grunde liegt, mithin die Freisprechung erfolgen muß;

Aus diesen Gründen

und indem es die beiden angeführten Sachen verbindet, erklärt das Kgl. Landgericht, erste Correctionellkammer für Recht, nimmt die Berufungen der Appellanten gegen die Urtheile des Polizeigerichtes Nro. 2 zu Köln vom 1. August 1849 und des Polizeigerichtes Nro. 1. zu Köln vom 2. August 1849 hiermit an, hebt diese Urtheile auf, und spricht die Appellanten von der ihnen zur Last gelegten Contravention, so wie von Strafe und Kosten frei ꝛc.

Der Kgl. Ober-Procurator hat hiergegen den Cassations-Rekurs rechtzeitig angemeldet, auch notificiren lassen.

In den von Seiten der Stadtverwaltung zu Köln zur Rechtfertigung des Recurses aufgestellten und von dem öffentl. Ministerium eingereichten Bemerkungen wird angeführt: daß die dem Straßenreinigungs-Unternehmer ertheilte Befugniß zur Abtritts-Reinigung einen integrirenden Theil des mit demselben geschlossenen Contractes bilde und ohne diese Bewilligung die Reinigung der Straßen nicht in dem erforderlichen Grade zu bewirken sein werde; daß aber auch die in dem Decret v. 16. u. 24. August 1790 den Municipal-Behörden ertheilte Befugniß, die erforderlichen Anordnungen zum Zwecke der Reinlichkeit, Sicherheit, Vermeidung schädlicher Ausdünstungen und ansteckenden Krankheiten zu treffen, die vorliegende Verordnung rechtfertige, indem die angeführten Zwecke nur dadurch zu erreichen wären, daß die Abtritts-Reinigungen einem bestimmten Unternehmer, welcher hinreichende Bürgschaften für die gehörige Ausführung biete, übertragen würden. Wenn daher der Appellations-Richter annehme, daß zur Erreichung jener Zwecke dieses Mittel nicht erforderlich sei, so habe er sich offenbar in die Befugnisse der Administrativ-Behörde eingemischt und das genannte Decret, so wie den §. 33 des Ressort-Reglements verletzt. Endlich komme das Gewerbe-Gesetz, so lange jene polizeiliche Verordnung bestehe, nicht zur Anwendung, da die Gewerbefreiheit nur in so weit bestehe, als ihr keine Schranken in gesetzlicher Weise gestellt seien.

Urtheil:

In Erw., daß den Municipal-Behörden durch das Decret vom 16.—24. August 1790 Titel 11 Art. 3 und des Decretes vom 19.—22. Juli 1791 Titel 1 Art 46 die Befugniß beigelegt ist, für die Sicherheit und Reinlichkeit der Straßen und für die Abwendung schädlicher Ausdünstungen die erforderlichen Anordnungen zu treffen und die Contravenienten mit Strafe zu bedrohen;

Daß das für die Stadt Köln erlassene Straßenreinigungs-Reglement

Digitized by Google

vom 21. November 1845 und die darin enthaltene Bestimmung, wonach das Ausleeren der Abtritte und das Wegschaffen der Excremente dem Straßenreinigungs-Unternehmer ausschließlich übertragen wird, innerhalb des Kreises der durch die vorerwähnten Decrete bezeichneten, den Municipal-Behörden überwiesenen Gegenstände liegt;

Daß diese aus polizeilichen Gründen festgesetzte Beschränkung mit den durch die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 festgestellten Principien nicht in Collision tritt;

Daß daher das Urtheil der correctionellen Kammer des Kgl. Landgerichtes zu Köln vom 22. September d. J., indem es dem gedachten Reglement und der darin enthaltenen Strafandrohung die Eigenschaft eines bindenden Strafgesetzes absprach, dasselbe sowie die oben angeführten Decrete verletzte;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionellkammer des Kgl. Landgerichtes zu Köln vom 22. September d. J. verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last;

Und indem er an die Stelle derselben tritt:

Aus den vorangeführten und aus den in den angegriffenen Urtheilen der Polizeigerichte zu Köln vom 1. und 2. curr. enthaltenen Gründen, jedoch J. E., daß kein Grund vorliegt, bei der Bestrafung der 1. Contravention ein höheres Strafmaaß als bei der 2. anzuwenden:

Aus diesen Gründen

erkennt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in letzter Instanz, nimmt die von den beiden Beschuldigten wider das Urtheil des Polizeigerichtes Nro. 2 zu Köln vom 1. August currentis eingelegte Berufung nur rücksichts des Strafmaaßes in so weit an, daß es die wider beide Beschuldigte für jeden derselben auf 1 Thlr. 20 Sgr. festgestellte Geldbuße auf 1 Thlr. 15 Sgr. herabsetzt, auch die dafür im Unvermögensfalle zu büßende Gefängnißstrafe statt auf 3, auf 2 Tage bestimmt; verwirft im Uebrigen sowohl die wider dieses Urtheil, als die von dem Heinrich Eßmann wider das Urtheil des Polizeigerichtes Nro. 1 zu Köln vom 2. August eingelegte Berufung und legt die Kosten den Beschuldigten und zwar dem Heinrich Essmann zu zwei Drittel, dem Heinrich Klein aber zu ein Drittel zur Last.

Sitzung vom 4. Dezember 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Municipalpolizei. — Lokalverordnung. — Schlachthausreglement. — Polizeistrafe.

Wenn ein von der Municipalbehörde erlassenes Schlachthausreglement Bestimmungen zur Sicherung der Gebühren für das Gemeinde-Aerar enthält, so kann sich auf diese Bestimmungen die Androhung einer Polizeistrafe für den Fall einer Zuwiderhandlung nicht erstrecken.

Digitized by Google

Oeffentl. Ministerium — Hirsch.

Die Verordnung des Oberbürgermeisters und Polizeidirektors zu Aachen vom 31. März 1841 bestimmt in §. 3, daß von jedem Stücke Vieh, welches in das Schlachthaus gebracht wird, vor dem Schlachten die Schlachthausgebühr an den mit der Erhebung beauftragten Schlachthausaufseher entrichtet werden soll, und bedroht in §. 15 Zuwiderhandlungen gegen sämmtliche vorausgeschickte Verordnungen mit einer Geldbuße von 1—5 Thaler oder verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe.

Andreas Hirsch, 28 Jahre alt, Metzger zu Aachen, wurde nun, weil er am 17. Juli d. J. eine Kuh im Schlachthause abschlachten lassen, und es hierbei unterlassen hatte, die vorgeschriebene Schlachthausgebühr zu entrichten, vor das Polizeigericht geladen. Hier erging jedoch am 13. August l. J. folgendes freisprechende

Urtheil:

In E., daß durch die Aussagen der abgehörten Zeugen genügend erwiesen ist, daß der Beschuldigte am 17. Juli c. in dem städtischen Schlachthause dahier eine Kuh habe abschlachten lassen und hierbei unterlassen hat, davon die vorgeschriebene Schlachthausgebühr zu entrichten;

Daß aber gleichwohl die Strafbarkeit jener Handlung und dieser Unterlassung zu prüfen ist;

In E., daß das Abschlachten der Kuh des Beschuldigten in dem städtischen Schlachthause dem §. 1 der hiesigen Schlachthausordnung vom 31. März 1841 gemäß war, und daß die unterlassene Entrichtung der durch den §. 3 der angeführten Ordnung im Allgemeinen vorgeschriebenen Schlachthausgebühr allenfalls eine Verhinderung des Abschlachtens der Kuh des Beschuldigten zur Folge haben konnte oder eine Execution des Letztern im gesetzlichen Wege zur Folge haben kann; Daß diese Unterlassung aber eine Contravention gegen ein bestehendes Polizeigesetz oder Finanzgesetz nicht involvirt;

Daß dieselbe deshalb auch durch den §. 15 der hiesigen Schlachthaus-Ordnung, welcher nach seinem Wortlaut nur Zuwiderhandlungen und nicht auch Unterlassungen ausdrücklich mit Strafen bedroht, nicht verpönt ist;

Daß übrigens jene Strafandrohung, wenn dieselbe etwa anders zu verstehen sein sollte, gleichwohl eine Verurtheilung des Beschuldigten nicht zur Folge haben könnte, weil in diesem hier blos unterstellten Falle die Strafandrohung sich auf kein Gesetz stützen würde, indem weder das Gesetz vom 22. Juli 1791, worauf die hiesige Schlachtordnung fußt, noch das Hauptgesetz in dieser Materie vom 16.—24. August 1790, noch ein anderes Gesetz den Lokal-Polizeibehörden die Befugniß beigelegt hat, zur Sicherung der Intraden des städtischen Aerars, wozu die hiesige Schlachthausgebühr doch wohl gehört, Finanz-Polizei-Gesetze zu erlassen, ohne deren gültiges Dasein Strafen nicht erkannt werden dürfen und daß demzufolge nach Art. 159 der Str. P. O. zu verfahren ist, u. s. w.

Gegen dieses Urtheil ist der Cassations-Rekurs von Seiten des Vertreters des öffentl. Ministeriums am Polizeigericht rechtszeitig angemeldet und gehörig notifizirt, auch von dem Ober-Prokurator zu Aachen in seinem Einsendungsberichte mit den dafür und dawider sprechenden Gründen beleuchtet.

Digitized by Google

J. E., daß die Befugniß der Municipalbehörden, das Abschlachten des Viehes außerhalb des städtischen Schlachthauses bei Strafe zu untersagen, nach den Gesetzen vom 16.—24. August 1790 und 19.—22. Juli 1791 nicht zu bezweifeln ist;

Daß ihnen auch das Recht nicht abgesprochen werden kann, behufs Unterhaltung des Schlachthauses von denjenigen, welche dasselbe benutzen, Gebühren zu erheben;

J. E. jedoch, daß die diesen Behörden gegebene Befugniß, Strafen mit rechtlicher Wirkung anzudrohen, sich in Ermangelung anderer gesetzlicher Bestimmungen nur soweit erstreckt, als ihre Verordnungen die Sicherheit der durch das Gesetz vom 16.—24. August 1790 ihrer Sorgfalt überwiesenen Interessen unmittelbar bezwecken;

Daß die unterlassene Zahlung der vorerwähnten Gebühren aber nur das städtische Aerar und nicht die dort bezeichneten Gegenstände öffentlicher Wohlfahrt gefährdet;

J. E., daß hiernach der §. 15 der Lokalverordnung der Stadt Aachen vom 31. März 1841, durch welchen Zuwiderhandlungen wider diese Verordnung mit Strafe bedroht worden, auf die Bestimmung derselben, welche die Zahlung der Schlachtgebühren vorschreibt, nicht angewendet werden kann, und das Polizeigericht zu Aachen, indem es diese Anwendung versagte, kein Gesetz verletzt hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den von dem öffentlichen Ministerium wider das Urtheil des Polizeigerichts zu Aachen vom 18. August l. J. angemeldeten Cassationsrekurs.

Sitzung vom 20. November 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Municipalpolizei. — Local-Reglement. — Schlachtvieh. — Marktstelle.

Die Municipalpolizeibehörde ist befugt, eine Verordnung unter Strafandrohung dahin zu erlassen, daß das zum Verkaufe einzuführende Schlachtvieh direct zur Marktstelle zu bringen sei, und weder in den Straßen, noch an Privathäusern feilgeboten werden dürfe.

Diese Befugniß ist durch die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 nicht aufgehoben.

Ges. v. 16.—24. Aug. 1790, Tit. II. Art. 3. Nr. 3.
Ges. v. 19.—22. Juli 1791, Tit. I. Art. 46.
Gew. Ordn. v. 17. Jan. 1845. §. 78. 84. 85.

Digitized by Google

Oeffentl. Ministerium — Kaufmann.

Die am 31. März 1841 von dem Oberbürgermeister und Polizeidirektor zu Aachen erlassene, von der Kgl. Regierung genehmigte Marktordnung bestimmt in §. 4:

Daß das zum Verkaufe eingeführt werdende Schlacht-Vieh direkt zur Marktstelle zu bringen sei und weder in den Straßen, noch an Privathäusern feilgeboten werden dürfe,

und bedroht im §. 15 Zuwiderhandlungen gegen die in der Verordnung enthaltenen Vorschriften mit Geldbuße von 1 bis 5 Thlr. oder verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe.

Auf Grund dieser Verordnung wurde Hermann Kaufmann, 29 Jahre alt, Metzger, zu Cornelymünster wohnhaft, weil er am 5. Juli 1849 vier Schafe in den Stall des Wirthes Kuckelkorn gebracht und sie dort feilgehalten habe, vor das Polizeigericht zu Aachen geladen. Er gestand die That zu, wurde jedoch durch Urtheil des Gerichts vom 10. September freigesprochen und zwar aus folgenden Gründen:

In E., daß der Beschuldigte geständig und überführt ist, am 5. Juli c. zu Aachen mehrere Schafe in den Stall des Wirthes Kuckelkorn gebracht und dort feilgehalten zu haben, und daß das öffentl. Ministerium deshalb die Bestrafung des Beschuldigten auf Grund der §§. 4 und 15 einer von dem Oberbürgermeister und dem Polizeidirektor von Aachen am 31. Mai 1841 erlassenen Verordnung beantragt, deren Publikation der Beschuldigte bestritten hat;

In E., daß die allegirten §§. der gedachten polizeilichen Verordnung also lauten;

§. 4. Als Marktstelle für das große und kleine Schlachtvieh wird der freie Platz vor dem Schlachthause bestimmt, und die Handhabung der Ordnung auf derselben dem Schlachthaus-Aufseher unter Assistenz der Polizeibeamten übertragen. Das zum Verkauf eingeführt werdende Schlachtvieh ist direkt zur Marktstelle zu bringen und darf weder in den Straßen, noch an Privathäusern feilgeboten werden;

§. 15. Zuwiderhandlungen gegen die gegenwärtige Verordnung werden in allen Fällen, wo nach den vorhandenen Bestimmungen nicht eine höhere Strafe eintritt, mit einer Geldbuße von 1 bis 5 Thlr. oder einer verhältnißmäßigen Gefängnißstrafe geahndet und zu dem Ende die von dem Schlachthaus-Aufseher abzufassenden Protocolle dem betreffenden Polizei-Commissar zur Verfolgung der Contravenienten übergeben,"

Daß nach §. 78 der allgemeinen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 Schaafe nicht Gegenstand des Wochenmarkt-Verkehrs sind und daß daher auch der Handel damit der Reglementargewalt der Ortspolizeibehörde nicht unterliegt;

Daß auch, von diesem neueren Gesetze abgesehen, kein früheres Gesetz der Ortspolizeibehörde die Gewalt verliehen hat, unter Strafandrohung zu gebieten, daß das zum Verkauf eingeführte Schlachtvieh direkt zur Marktstelle gebracht, oder zu verbieten, daß dasselbe außerhalb der Marktstelle feilgeboten werde;

Daß demnach der Beschuldigte, ungeachtet er dem §. 4 der angeführten Verordnung zuwider gehandelt hat, wegen dieser Handlung nach Art.

Digitized by Google

4 des Strafgesetzbuchs nicht bestraft werden darf, und daß es demzufolge übrigens nicht weiter darauf ankommen kann, ob jene Verordnung gehörig publizirt ist oder nicht ꝛc.

Das öffentl. Ministerium bei dem Polizeigerichte legte hiergegen rechtszeitig den Cassationsrekurs ein und ließ ihn dem Beschuldigten notifiziren.

In seinem Einsendungsberichte bemerkt der Oberprokurator Folgendes:

Der Polizeirichter scheine zunächst den §. 78 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 falsch angewendet zu haben, wenn er den darin gebrauchten Ausdruck „größeres Vieh" auch auf Schaafe beziehe, indessen werde es darauf weniger, sondern mehr auf die Frage ankommen, in wie weit die Polizei-Verordnung vom 31. März 1841 nach den zur Zeit ihrer Erlassung bestehenden Gesetzen, d. h. nach dem Gesetze vom 24. August 1790 Titel XI Art. 3 und dem Gesetze vom 22. Juli 1791 Tit. 1 Art. 46 Rechtsbeständigkeit habe. Der citirte Art. 3 überweise nun unter Nro. 3 „die Erhaltung der Ordnung an Orten, wo ein Zusammenfluß von Menschen stattfinde, z. B. auf Jahrmärkten, Märkten und in andern öffentlichen Orten" und unter Nro. 4 „die Redlichkeit beim Verkauf von solchen Waaren, welche nach Maaß oder Gewicht verkauft würden" der Obhut der Polizeibehörden. Dieselben wären daher auch befugt, über den Ort des Marktverkehrs Verordnungen zu erlassen und zwar rücksichts der in Nro. 4 bezeichneten Gegenstände unbedingt, rücksichts der übrigen aber, in so weit es das Feilbieten an öffentlichen Orten betreffe. Wenn daher auch die Polizeiverordnung vom 31. März 1841 in so fern zu weit gegangen wäre, als sie das Feilbieten des Viehes auch in Privathäusern untersagte, so habe ihr doch eine solche Befugniß für den vorliegenden Fall, wo das Feilbieten im Stalle eines Wirthes, also an einem öffentlichen Orte stattgefunden, zugestanden. Das polizeigerichtliche Urtheil unterliege daher wegen Verletzung des Art. 3 Nro. 3 Tit. XI des Gesetzes vom 24. August 1790 und Art. 46 Titel I des Gesetzes vom 22. Juli 1791, sowie wegen falscher Anwendung der §§. 78 und 84 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 der Cassation.

Urtheil:

In E., daß durch den Art. 46 des Gesetzes vom 19. — 22. Juli 1791 den Municipalbehörden die Befugniß beigelegt ist, innerhalb des Kreises der durch das Gesetz vom 16.—24. August 1790 ihrer Sorgfalt überwiesenen Gegenstände Verordnungen mit verbindlicher Kraft zu erlassen;

Daß zu den ihnen überwiesenen Pflichten auch nach Art. 3 Nr. 3 u. 4 Tit. 11 des letztgedachten Gesetzes die Sorgfalt für die gesunde Eigenschaft der zum öffentlichen Verkaufe gebrachten Lebensmittel gehört;

Daß ihnen daher auch behufs der Erfüllung dieser Pflicht das Recht zusteht, die Plätze zu bestimmen, wo diese Gegenstände feilgeboten werden sollen, und den Verkauf derselben an andern Orten zu untersagen;

Daß hiernach die Bestimmung des §. 4 der am 31. März 1841 von dem Oberbürgermeister und Polizeidirektor zu Aachen unter Genehmigung der Kgl. Regierung daselbst erlassene Verordnung, wonach

> das zum Verkauf eingeführt werdende Schlachtvieh direkt zur Marktstelle zu bringen ist und weder in den Straßen, noch an Privathäusern feilgeboten werden darf

innerhalb des Kreises jener Befugnisse liegt und die im §. 15 derselben Verordnung enthaltene Strafandrohung nach den damals geltenden Gesetzen für die Gerichte verbindlich war;

Digitized by Google

J. E., daß die spätere Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 in ihrem §. 84 der Polizei-Obrigkeit unter Genehmigung der Regierung die Befugniß beilegt, innerhalb der Grenzen der Bestimmungen der §§. 78 bis 83 daselbst die Marktordnung festzusetzen und namentlich auch für das Feilbieten gleichartiger Gegenstände den Platz zu bestimmen;

Daß nach §. 78 daselbst zu den Gegenständen des Wochenmarktverkehrs rohe Naturerzeugnisse mit Ausschluß des größern Viehes gerechnet sind;

Daß zufolge des zweiten Satzes dieses §. 78 die Regierungen unter Genehmigung der Ministerien ein Verzeichniß der zu den Wochenmarktsartikeln gehörigen Artikel bekannt machen sollen;

Daß in Ermangelung einer solchen Bekanntmachung es zweifelhaft sein mag, ob unter der Bezeichnung des größeren Viehes Schaafe mit einbegriffen seien oder nicht;

Daß jedoch nach §. 85 daselbst der §. 84 auch auf diejenigen Märkte Anwendung findet, welche an einzelnen Orten für einzelne Gattungen von Gegenständen gehalten werden, namentlich auf Viehmärkte;

Daß daher jedenfalls nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung die obenerwähnte Verordnung innerhalb der Befugniß der Ortspolizeibehörde lag:

J. E. daß durch den §. 190 derselben Gewerbeordnung alle bisherigen allgemeinen und besonderen Bestimmungen über Gegenstände, worüber die Gewerbeordnung verfügt, außer Kraft gesetzt sind, so weit auf bisherige Vorschriften nicht ausdrücklich hingewiesen ist;

Daß jedoch diese Klausel auf diejenigen Gegenstände, über welche die Gewerbeordnung nicht verfügt, sondern sie vielmehr der Bestimmung der Ortspolizeibehörde und der Genehmigung der Regierung überläßt, nicht in der Art angewendet werden kann, daß die von dieser Behörde mit dieser Genehmigung innerhalb des Kreises der ihr durch das ältere und das neuere Gesetz gegebenen Befugnisse erlassenen Verordnungen für aufgehoben und der Erneuerung bedürfend zu achten seien;

J. E., daß hiernach das Polizeigericht zu Aachen, wenn es in seinem Urtheile vom 10. September cur. annahm, daß kein früheres Gesetz der Ortspolizeibehörde die Gewalt verliehen habe, die Verordnung vom 31. März 1841 zu erlassen und daß dieselbe nicht innerhalb der dieser Behörde durch die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 eingeräumten Befugnisse liege, den Art. 3 Nro. 3 Tit. 11 des Gesetzes vom 16. — 24. August 1790, den Art. 46 Tit. 1 des Gesetzes vom 19. — 22. Juli 1791 und die gedachte Lokalverordnung verletzt und den §. 78 und 84 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 falsch angewendet hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Aachen vom 10. September d. J. verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des kassirten und legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last.

Und, indem er an die Stelle des Polizeirichters tritt:

J. E., daß der Beschuldigte geständig und überführt ist:

am 5. Juli c. zu Aachen mehrere Schaafe im Stalle des Wirthes Kuckelkorn feilgeboten zu haben, ohne sie auf den Markt zu bringen,

Digitized by Google

J. E., daß die erfolgte gesetzliche Publikation der Lokalverordnung des Oberbürgermeisters und Polizei-Direktors zu Aachen vom 31. März 1841 gehörig bescheinigt ist;

Eingesehen die §§. 4 und 15 der Verordnung des Oberbürgermeisters und Polizeidirektors zu Aachen vom 31. März 1841 und den §§. 88 Tit. 20 Thl. II des Allg. Landrechts u. s. w.

Erkennt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in erster und letzter Instanz, erklärt den Beschuldigten für überführt, Schaafe gegen die polizeiliche Vorschrift feilgeboten zu haben, verurtheilt ihn deshalb zu einer Geldbuße von 1 Thlr., welcher im Falle des Unvermögens eintägiges Gefängniß substituirt wird und legt ihm die Kosten zur Last.

Sitzung vom 20. November 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. Concl.: H. G. P. Jachnigen.

Assisenhof. — Aerztliches Gutachten. — Mittheilung, Verlesung desselben.

Der einer qualifizirten Mißhandlung Angeklagte ist nicht berechtigt, eine unentgeldliche Abschrift des ärztlichen Gutachtens über die stattgehabte Verwundung zu verlangen.

Ein solches Gutachten darf in der Sitzung des Assisenhofes verlesen werden.

Geldsetzer — Oeffentl. Ministerium.

Reinhard Geldsetzer legte gegen ein Urtheil des Assisenhofes zu Elberfeld vom 15. November 1849, durch welches er wegen qualifizirter freiwilliger Mißhandlung zweier Personen zu fünfjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt worden war, den Cassationsrekurs ein und suchte zur Begründung desselben in einem eingereichten Schriftsatze auszuführen, daß das bei den Akten befindliche Gutachten des Dr. Gröling ergebe, daß die Verwundeten nicht in Folge der erlittenen Verwundungen zwanzig Tage arbeitsunfähig gewesen, daß aber auch eine Nichtigkeit des Verfahrens um deßwillen angenommen werden müsse, weil ihm jenes Gutachten nicht — wie dieß der Art. 305 der Str. P. O. vorschreibe — mitgetheilt worden sei. Auch sei sein in der Sitzung des Assisenhofes gegen die Verlesung jenes Gutachtens erhobener Protest unberücksichtigt geblieben, obwohl derselbe um so mehr begründet gewesen, wenn man das Gutachten als das, was es eigentlich sei — als eine schriftliche unbeeidete Zeugen-Aussage — auffasse.

urtheil:

J. E., daß der Beweis der dem Cassationskläger zur Last gelegten verbrecherischen Handlungen durch die Antworten der Geschworenen als hinlänglich festgestellt angenommen werden muß;

Daß auch der Art. 305 der Criminalgerichtsordnung nicht enthält, daß dem Angeklagten Abschriften der ärztlichen Gutachten unentgeltlich mitgetheilt werden sollen; und daß der Präsident des Assisenhofes, wenn

Digitized by Google

er das Gutachten des Dr. Gröling in der betreffenden Sitzung durch den Gerichtsschreiber verlesen ließ, den Umfang der ihm durch Art. 268 der Criminal-Prozeßordnung verliehenen diskretionären Gewalt nicht überschritten hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den eingelegten Cassations-Rekurs und verurtheilt den Cassationskläger in die dadurch veranlaßten Kosten.

Sitzung vom 22. Januar 1850.

Ref.: H. G. O. R. Liel. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Privatschule. — Widerruf der Erlaubniß zur Anlegung einer solchen. — Gewerbe. — Polizeigerichtliche Competenz.

Die Erlaubniß, Unterricht zu ertheilen und Unterrichtsanstalten zu gründen, kann wieder zurückgezogen werden, wenn die dazu erforderliche Befähigung als nicht mehr vorhanden anerkannt wird.

Verfassungs-Urkunde vom 5. Dezember 1848 Art. 19 u. 108. — (Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850 Art. 22 u. 109.) Allerh. Cab. O. vom 10. Juni 1834. — Ministerial-Instr. vom 31. Dezember 1839.

Die Ertheilung von Privatunterricht gegen Bezahlung und als ausschließliche oder vorherrschende Beschäftigung hat den Charakter eines Gewerbes. — Die unbefugte Ausübung eines solchen Gewerbes fällt deshalb unter die Strafverfügungen der allg. Gewerbe-Ordnung und gehört daher nicht zur Competenz der Polizeigerichte.

Allg. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, §§. 177, 178, 189.

Oeffentl. Ministerium — Schlemmer.

Konrad Schlemmer, ehemaliger Lehrer, zu Köln wohnhaft, mit der Beschuldigung: unbefugter Weise Privatunterricht ertheilt zu haben, zur Sitzung des Polizeigerichts Nro. I zu Köln vom 6. Dezember v. J. geladen, erklärte, daß er die Uebertretung zwar einräume, sich aber nach Berlin gewendet habe, um eine neue Concession zu erhalten. Er habe Concession gehabt, welche ihm von der Kgl. Regierung ohne Grund entzogen sei. Das öffentl. Ministerium beantragte hierauf nach der Kgl. Cabinets-Ordre vom 10. Juni 1834 (Gesetzsammlung Seite 135), der Instruktion vom 31. Dezember 1839 (Amtsbl. der Regierung zu Köln 1840 Nro. 16), dem §. 33 des Ressort-Reglements und dem Art. 162 der Cr. P. O. die Verurtheilung zu einer Geldbuße von 2 Thlr. und in die Kosten.

Digitized by Google

Es erging jedoch am 31. Januar 1850 folgendes freisprechende Erkenntniß.

J. E., daß dem Verklagten durch die hiesige städtische Schulkommission am 29. April 1849 die Erlaubniß ertheilt worden ist, Unterricht in den Elementargegenständen sowohl in Familien, als in Privatschulen und Privat-Erziehungsanstalten zu ertheilen;

Daß die Ertheilung dieser Erlaubniß voraussetzt, daß nach §. 3 der zur Ausführung der Allerh. Cabinets-Ordre vom 10. Juni 1834 von dem Kgl. Staatsministerium am 31. Dezember 1839 erlassenen Instruktion der Beschuldigte vorher über seine Unbescholtenheit und seinen bisherigen sittlichen Wandel von der Obrigkeit und den Geistlichen des Ortes, wo derselbe sich während der letzten 3 Jahre aufgehalten, Zeugnisse beigebracht hat, weil ihm sonst der Instruktion gemäß jene Erlaubniß nicht hätte ertheilt werden können;

Daß daher, wenn gegenwärtig, dem Schreiben der städtischen Schulkommission an die hiesige Polizeidirektion vom 20. Oktober 1849 zufolge hinterher als Grund der dem Beschuldigten wieder entzogenen Erlaubniß angegeben wird, daß derselbe im Jahre 1845 durch die Kgl. Regierung zu Koblenz vom Lehramte suspendirt worden, dieser Umstand einen Grund zur Zurücknahme der einmal ertheilten Concession nicht abgeben kann;

Daß zwar nach §. 5 der vorbezogenen Instruktion jede Erlaubniß zur Anlegung einer Privatschule widerruflich ist; daß diese Bestimmung aber durch den Art. 19 der Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 als beseitigt angesehen werden muß, indem demnach, Unterricht zu ertheilen und Unterrichtsanstalten zu gründen, jedem freisteht, wenn er nur seine sonstige sittliche wissenschaftliche und technische Befähigung den betreffenden Staatsbehörden nachgewiesen hat; der Widerruf einer einmal ertheilten Erlaubniß daher so lange als unstatthaft erscheint, als nicht in der Folge der so concessionirte Lehrer sich der Unsittlichkeit schuldig macht;

Daß in letzter Beziehung nur vorgebracht wird, daß die Kgl. Regierung in Coblenz im Jahre 1845 sich bewogen gefunden habe, den Beschuldigten vom Lehramte zu suspendiren, ohne daß ein Grund angegeben ist, weßhalb diese Suspension erfolgt ist, eine Suspension aber aus mehrfachen Gründen ausgesprochen werden kann, ohne daß gerade eine Unsittlichkeit des Suspendirten dazu die Veranlassung gegeben hat;

J. E., daß, wenn es nun auch dem Polizeirichter nicht zustehen mag, die Gründe, welche die städtische Schulkommission bewogen haben, dem Verklagten die ihm ertheilte Erlaubniß zum Unterricht wieder zu entziehen, zu prüfen, eine Strafe gegen den Beschuldigten deshalb, weil er ungeachtet der ihm wieder entzogenen Erlaubniß dennoch fortfährt, Unterricht zu ertheilen, nicht ausgesprochen werden kann, da für diesen Fall eine solche Strafe nirgend in dem Gesetze ausgesprochen ist;

Daß aus demselben Grunde auch der §. 33 des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 hier nicht in Anwendung gebracht werden kann, weil dieser Paragraph die Androhung einer Strafe voraussetzt, welche letztere nur nicht näher in dem betreffenden Strafgesetze bestimmt ist; ꝛc.

Hiergegen meldete der Vertreter des öffentl. Ministeriums rechtzeitig den Cassationsrekurs an, zu dessen Begründung der Kgl. Oberprokurator zu Köln Folgendes anführte:

Die Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 lasse eben so wie die vom 31. Januar curr. keinen Zweifel darüber, daß bis zum Erlaß der

neuen Gesetzgebung über das Unterrichtswesen die früheren Bestimmungen maßgebend geblieben seien. Nach §§. 5, 11 und 15 der Instruktion vom 31. Dezember 1839 sei aber die Ortsbehörde unbedingt befugt, die ertheilte Concession zu widerrufen und diesem Widerrufe müsse Folge geleistet werden. Die Kontravention dagegen sei aber nicht nach §. 33 des Ressort-Reglements, wie angetragen worden, sondern da die Gründung von Erziehungs-Anstalten und die Ertheilung von Privatunterricht als den Betrieb eines von der Concession abhängigen Gewerbes zu betrachten, nach §. 177 der Gewerbeordnung zu bestrafen; zwar verweise der §. 43 derselben auf die besonderen Bestimmungen, welche rücksichts der Befugniß zur Ertheilung des Unterrichts bestänben, allein dies beziehe sich nur auf die Form und Bedingungen der Genehmigung und schließe die Anwendbarkeit der Strafandrohung nicht aus. Hiernach überstrige die Strafe die Competenz des Polizeigerichts und enthalte also die Freisprechung Seitens desselben eine Machtüberschreitung, welche die Cassation begründe.

Von Seiten des Angeschuldigten ist eine Erwiderung eingegangen. In derselben wird bemerkt: Der §. 19 der Verfassungsurkunde verweise nicht erst auf ein noch zu erlassendes Gesetz, sondern enthalte sofort gültige Bestimmungen. Daher könne die Versagung resp. Wiederentziehung der Concession nur dann erfolgen, wenn sich herausstelle daß es dem Bittsteller an der sittlichen, wissenschaftlichen oder technischen Befähigung fehle. Dies hätte daher von der Anklage erwiesen werden müssen. Die Anwendbarkeit des §. 177 der Gewerbeordnung werde durch den §. 43 derselben ausgeschlossen.

Es wird auf Verwerfung des Rekurses angetragen.

Urtheil:

In Erw., daß der Art. 19 der Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 nur denjenigen gestattet, Unterricht zu ertheilen, welche ihre sittliche, wissenschaftliche und technische Befähigung den betreffenden Staatsbehörden nachgewiesen haben;

Daß diese Bestimmung vollkommen mit den früheren diesen Gegenstand betreffenden Gesetzen übereinstimmt;

Daß daraus keineswegs hervorgeht, daß dieser Nachweis ein für allemal wirksamer und die darauf gegründete Anerkennung der Qualifikation eine unwiderrufliche sei;

Daß es vielmehr in der Natur der Sache liegt, daß mit dem Wegfallen der erwähnten Befähigung resp. mit dem Widerrufe der Anerkennung von Seiten der betreffenden Behörden auch die Befugniß zur Ertheilung des Unterrichts aufhören muß, und daß endlich der §. 108 der Verfassungsurkunde das Bestehenbleiben älterer Spezialgesetze ausdrücklich verordnet;

In Erw., daß nach §. 5 der in Folge und zur Ausführung der Kgl. Cab.-Ord. vom 10. Juni 1834 (Gesetzsammlung S. 135) vom Staatsministerium erlassenen Instruktion vom 31. Dezember 1839 (Amtsbl. der Regierung zu Köln 1840 Nro. 16) die Erlaubniß zur Anlegung einer Privatschule und Privaterziehungsanstalt widerruflich ist, daß diese Bestimmung nach Vorstehendem auch gegenwärtig noch besteht und mithin das Polizeigericht Nro. I zu Köln, indem es dieselbe durch den §. 19 der Verfassungsurkunde für beseitigt erklärte, dieselbe falsch auslegte und den erwähnten §. 5 verletzte;

In fernerer Erwägung, daß die Ertheilung von Privatunterricht, in

sofern sie gegen Bezahlung und als ausschließliche oder vorherrschende Beschäftigung eines Individuums betrieben wird, den Charakter eines Gewerbes hat;

Daß sie in §. 8 Titel XII Thl. II. des Allg. L. R. für die preußischen Staaten als ein solches bezeichnet ist und diese Bestimmung durch die Kgl. Cab.-O. vom 10. Juni 1834 auch auf die Rheinprovinz anwendbar erklärt ist;

Daß diese Annahme auch durch den §. 43 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 (Gesetzsammlung S. 49) keineswegs ausgeschlossen, sondern bestätigt ist, indem daselbst die Privatlehrer in der Reihe derjenigen Gewerbtreibenden aufgezählt sind, welche einer besonderen polizeilichen Genehmigung bedürfen und die darin ausgesprochene Verweisung auf die besonderen Vorschriften, wie sich aus der Vergleichung mit §. 42 und 44 ergibt, nur die Art und Weise der Qualifikation und die zur Ertheilung der Concession befugten Behörden betrifft;

Daß mithin auch das unbefugte Betreiben eines solchen Gewerbes nach §§. 177, 178 derselben Gewerbeordnung zu ahnden;

Daß zufolge §. 189 daselbst die hiernach anzuwendende Strafe die Competenz der Polizeigerichte übersteigt und mithin das Urtheil des Polizeigerichts zu Köln auch wegen Inkompetenz der Vernichtung unterliegt;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Köln vom 31. Januar d. J., verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten, legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last und verweiset die Sache zur weiteren Veranlassung an den Kgl. Oberprokurator zu Köln.

Sitzung vom 28. Mai 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. Concl.: H. G. P. Jachnigen.

Liberalität. — Schenkung. — Emolument eines Beamten. — Oneroser Vertrag.

Nicht jeder Akt der Liberalität ist eine Schenkung; es bedarf daher auch nicht bei jedem Akte der Liberalität der notariellen Form.

Der Vertrag, wodurch einem Bürgermeister eine Verbesserung seines Diensteinkommes gewährt wird, ist ein oneroser Vertrag.

v. Meurers — Gemeinde Reifferscheidt.

Unterm 28. April 1824 faßte der Schöffenrath der Bürgermeisterei Adenau, mit welcher damals noch die später abgezweigte Bürgermeisterei Brück verbunden war, folgenden Beschluß:

„der Stadt- und Schöffenrath der Bürgermeisterei Adenau,

J. E., daß der Bürgermeister bisher das benöthigte Brennholz zur Heitzung des Geschäftlokals aus eignen Mitteln angeschafft, es jedoch billig erscheint, daß ihm solches, wie dieses auch anderwärts geschieht, aus den Gemeindewaldungen unentgeltlich verabfolgt werde,

Digitized by Google

trägt darauf an:

daß für die Heitzung des geräumigen Geschäftlokales jährlich 8 Magdeburger Klafter, nach der Morgenzahl vertheilt, aus den Gemeindewaldungen angewiesen und kostenfrei abgeliefert werden."

Dieser Beschluß wurde unterm 24. Mai 1824 durch die Kgl. Regierung zu Coblenz genehmigt, und der Cassationskläger empfing von jener Zeit ab das bewilligte Holz bis zum Jahre 1836. Um diese Zeit beliebte es der Kgl. Regierung, jede fernere Holzverabreichung zu untersagen. Vergeblich hat der Cassationskläger bei den Verwaltungsbehörden gegen die Zurücknahme der früheren Bewilligung reclamirt, bis endlich durch Verfügung der Kgl. Regierung vom 27. Dezember 1847 bestimmt wurde, daß über die Fortlieferung des Holzes resp. die zu leistende Entschädigung von der Bürgermeisterei-Versammlung Beschluß zu fassen und nach dem Ausfalle dieses Beschlusses zu verfahren sei. Wolle sich der Cassationskläger bei dem ergehenden Beschlusse nicht beruhigen, so sei demselben die Beschreitung des Rechtsweges zu überlassen.

Die Bürgermeisterei-Versammlung beschloß unterm 13. Februar 1848, daß dem Cassationskläger nichts zu gewähren sei. Letzterer beschritt in Folge dessen den Rechtsweg. Er stützte sich darauf, daß ihm in gültiger Weise das Emolument an Holz zugebilligt sei, und daß dasselbe weder durch einseitige Verfügung der Regierung, noch auch durch einseitigen Beschluß der Bürgermeisterei-Versammlung ihm wider seinen Willen entzogen werden dürfe. Die Frage, wie es in Zukunft zu halten, bei Seite lassend, verlangte er zunächst von der Gemeinde Reifferscheidt Entschädigung für die Vergangenheit pro rata des von derselben verschuldeten Antheils.

Die Gemeinde hielt über den hier streitigen Gegenstand den Rechtsweg für ausgeschlossen. Außerdem wandte sie ein, daß nach verschiedenen Regierungs-Verfügungen die Bürgermeister die Verwaltungskosten aus den ihnen zugebilligten 50 Centimes pro Seele zu bestreiten hätten und daß Holz zur Heitzung des Dienstlokals nur ausnahmsweise und namentlich, wenn es der Zustand des Waldes zulasse, bewilligt worden. Aber selbst in diesem Falle dürfe das Bedürfniß des Dienstlokals nicht überstiegen werden; die Lieferungen müßten aufhören, wenn das Holz durch Gemeindebedürfnisse erschöpft werde, in keinem Falle dürfe Geld anstatt des Holzes gegeben und ebensowenig dürfe das Letztere frei angefahren werden. Kläger sei sonach nicht befugt gewesen, 8 Klafter zu beziehen und er müsse Alles, was das Bedürfniß überschritten, zurück geben. Subsidiarisch schützte die verklagte Gemeinde die Verjährung vor, weil seit 12 Jahren nicht geliefert worden.

Das Friedensgericht zu Adenau verwarf die Incompetenz-Einrede und verurtheilte die verklagte Gemeinde zur Zahlung einer Entschädigungssumme von 76 Thlr. nebst Zinsen vom Tage der Klage.

Die Gemeinde ergriff das Rechtsmittel der Berufung. Sie reproducirte die Einreden der Incompetenz und der Verjährung, bestritt subsidiarisch das Maaß der geforderten und zuerkannten Entschädigung und beantragte die Zurückweisung der Klage.

Der Kläger dagegen, um der Verjährungseinrede zu begegnen, erbot den Beweis, daß die Lieferung des Holzes von der verklagten Gemeinde nicht jährlich, sondern jedes dritte Jahr mit 3 Klaftern und $^3/_4$ Fuß habe erfolgen müssen. Auch erbot er den Beweis, daß die geforderte Summe dem Werthe des zu liefern gewesenen Holzes entspreche.

Digitized by Google

Das Landgericht zu Coblenz verwarf durch Urtheil vom 15. Januar 1849 zwar die vorgeschützte Incompetenzeinrede. In der Sache selbst aber erachtete es die eingelegte Berufung für begründet, und wies unter Aufhebung des Urtheils I. Instanz die Klage ab, dem Kläger die Kosten beider Instanzen zur Last legend. Die abändernde Entscheidung des Landgerichtes ist auf folgende Gründe gestützt:

„ J. E. daß sich der, der Klage unterbreitete Schöffenraths-Beschluß vom 28. April 1824 sowohl den darin gebrauchten Ausdrücken, als seinem Inhalte nach, als eine reine Liberalität darstellt; Daß er daher, da er die allein die Gültigkeit von Schenkungsversprechen bedingende Form nicht trägt, die erhobene Klage nicht zu rechtfertigen vermag, und folgeweise Appellat sachfällig erscheint."

Gegen diese Entscheidung ergriff v. Meurers den Cassationsrekurs.

I. Cassationsmittel. Machtüberschreitung.

Das Landgericht — so sagte der Anwalt des Cassationsklägers — characterisire den der Klage zum Grunde liegenden Akt als eine Liberalität. In seinen Augen seien Liberalität und Schenkung identisch. Es fordere deshalb zur Gültigkeit die im Art. 931 des B. G. B. für Schenkungsakte vorgeschriebene Form, und weil diese Form hier vermißt werde, erachte es den Akt für wirkungslos.

Das Irrige der Ansicht, daß weil der Akt eine Liberalität enthalte, derselbe auch nothwendig eine Schenkung darstelle, möge vor der Hand auf sich beruhen. Wäre dem so und würde der Schöffenraths-Beschluß Mangels notarieller Form als wirkungslos anzugreifen sein, so ginge dies doch das Landgericht in keiner Weise etwas an, denn der Einwand des Mangels der Form sei gar nicht geltend gemacht; es sei der verklagten Gemeinde nicht eingefallen, zu behaupten, daß der Schöffenraths-Beschluß habe notariell aufgenommen werden müssen.

Gewiß werde Niemand behaupten wollen, daß der dem Art. 931 zu entnehmende Einwand die öffentliche Ordnung berühre, daß derselbe also ex officio aufzugreifen sei. Die Partei könne auf jenen Einwand verzichten. Wie der Schenkgeber durch die freiwillige Vollziehung des Vertrages auf diese Einrede verzichten könne, so müßte er nothwendig auch in anderer Weise auf dieselbe verzichten können und es geschehe dies auf die unzweifelhafteste Weise, indem er im Prozesse von der Einrede keinen Gebrauch mache.

In unserm Prozeßverfahren sei die Verhandlungsmaxime in ihrer Reinheit durchgeführt. Der Richter dürfe Einwendungen der Parteien nicht suppliren, er müsse abwarten, ob ihm dieselben vorgeführt würden. Ganz speciell sei dies verordnet in Bezug auf die Verjährungseinrede (Art. 2223 des B. G. B.) Es sei dies aber nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, keineswegs dürfe man etwa folgern, daß andere fins de non recevoir (simplement dites) von Seiten des Richters supplirt werden könnten. Ein Verbot in dieser Beziehung liege sogar schon im Art. 173 der B. P. O. Wenn der Richter hiernach nicht einmal peremtorische Form-Einreden von Amtswegen berücksichtigen dürfe, so könne ihm noch weniger gestattet sein, peremtorische materielle Einreden zu ergänzen. Alle Rechtslehrer seien einig, daß dies unzulässig sei. Es genüge zu erinnern an Berriat St. Prix. ed. de Bruxelles pag. 157 und Thomine Desmazures Bd. 2. S. 2.

Digitized by Google

Wenn trotzdem der Richter Einreden von Amtswegen aufgreife, wenn er eine Einrede für durchgreifend erachte, welche von dem Verklagten nicht geltend gemacht sei, so maaße er sich eine Befugniß an, welche durch kein Gesetz ihm beigelegt sei; er mache sich einer Machtüberschreitung schuldig.

Der Anwalt der Cassationsverklagten entgegnete:

Aus dem Art. 173 der B. P. O. lasse sich nichts zu Gunsten des Cassationsklägers folgern. Der gedachte Artikel handle nicht von den in der Sache selbst liegenden Vertheidigungsmitteln, nicht von den Gründen, durch welche entweder der Mangel eines jeden Klagerechtes von vorne herein oder doch dessen spätere Zerstörung durch peremtorische Einreden dargethan werden solle. Er beschäftige sich ausschließlich mit der Nichtigkeit der Prozedurakte. Wenn also auch die Eintassung auf die Sache einen Verzicht auf nicht vorgeschützte formelle Nichtigkeitseinreden enthalte, so sei doch ein Gleiches nicht anzunehmen in Bezug auf materielle Rechtsgründe. Fehle einem Akt das wesentliche Erforderniß, ohne welches derselbe nicht sein könne, was er sein solle, so habe der Richter von Amtswegen die Vernichtung auszusprechen.

Es handle sich aber überdies hier gar nicht von einer Einrede. Bevor es einer Einrede zur Entkräftung der Klage bedürfe, müsse die Klage selbst fundirt sein. Die Klage auf Erfüllung einer Schenkung könne nur fundirt werden durch Vorlegung eines notariellen Aktes, und da eine solche Verlegung nicht stattgefunden, habe das Landgericht die Klage als nicht begründet zurückweisen müssen.

II. Cassationsmittel. Verletzung der Art. 894, 931 und 1105 des B. G. B.

Das Landgericht sei der Ansicht, daß der Schöffenraths-Beschluß vom 28. April 1824 als ein Akt reiner Liberalität sich darstelle. Schon diese Auffassung der Sache werde schwerlich gebilligt werden können. Der Cassationskläger sei Gemeindebeamter. Wenn die Gemeinde ihm die Last das Geschäftslokal aus eigenen Mitteln zu heitzen abgenommen, so sei dies im Resultate eine dem Beamten zugewendete Gehaltsverbesserung gewesen. Eine solche sei keine „reine" Liberalität. Die Dienste des Beamten kämen dabei als Gegenleistung in Betracht. Durch jene Characterisirung des Aktes aber habe das Landgericht überdies nur diejenigen faktischen Elemente constatirt, wonach der zu Stande gekommene Vertrag unter den Begriff von contrat de bienfaisance zu subsumiren sein würde. Das Landgericht stelle fest, daß das Versprechen jährlich so und soviel Holz dem Cassationskläger zu einem bestimmten Zwecke zu liefern, auf dem freien Entschlusse des Schöffenrathes: dem Cassationskläger einen Vortheil zuzuwenden, beruht habe. Ein Mehreres constatire das Landgericht nicht. Der an jenen Erwägungsgrund sich anschließende fernere Erwägungsgrund sei nichts Anderes, als eine auf jene faktische Grundlage gestützte juristische Schlußfolgerung, die gerade eine irrige und darum angreifbare sei.

Unzweifelhaft sei zwar jede Schenkung ein acte de bienfaisance, nicht aber umgekehrt jeder acte de bienfaisance nothwendig eine Schenkung. Es unterliege daher auch nicht jeder acte de bienfaisance der für Schenkungen vorgeschriebenen Form.

Die Begriffsbestimmung des acte de bienfaisance sei eine viel weitere als die der Schenkung. Unter dem Ersteren werde nach Art. 1105 des B. G. B. verstanden, die Zuwendung eines durchaus unentgeltlichen Vortheils. Dahin gehörten beispielsweise das unverzinsliche Darlehn,

Digitized by Google

das Kommodat, das Depositum, sämmtlich Rechtsgeschäfte, die unter den Begriff der wohlthätigen Verträge fielen; rücksichtlich deren aber die notarielle Form vom Gesetze nicht erheischt werde. Der Begriff der Schenkung sei im Art. 894 des B. G. B. gegeben. Der Schenkende müsse sofort (actuellement) sich einer Sache entäußern zu Gunsten des Beschenkten. Zweierlei werde also vorausgesetzt; einmal, daß der Schenkgeber sein bereits vorhandenes Vermögen vermindere; zweitens, daß die Entäußerung sofort geschehe.

Beide Merkmale fehlten hier, und das Landgericht habe auch keines dieser Merkmale etwa festgestellt. Durch den Schöffenraths-Beschluß sei das vorhandene Gemeindevermögen nicht verringert worden. Von dem jährlichen Ertrage der Gemeindewaldungen, der ja immer in gewissen Zeiträumen neu sich reproducire, habe künftig ein bestimmtes Quantum abgegeben werden sollen. Es fehle somit durchaus an denjenigen thatsächlichen Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein allein eine Schenkung vorliegen würde.

Das Landgericht, indem es den von ihm constatirten Akt der Liberalität ohne Weiteres mit einer Schenkung identificire, habe die Art. 1105 und 894 des B. G. B. verletzt, und es habe dadurch, daß es im vorliegenden Falle, wo doch keine Schenkung vorlag, die Form der Schenkung für nothwendig erachtete, dem Art. 931 desselben Gesetz-Buches eine falsche Anwendung gegeben.

Der Anwalt der Cassationsverklagten erwiderte:

Das zweite Cassationsmittel mache eigentlich dem Landgerichte den Vorwurf einer Denaturirung des Vertrages. Hierbei genüge es aber nicht, nachzuweisen, daß das Landgericht den hier vorliegenden Vertrag irrthümlich für einen Schenkungsvertrag gehalten habe, sondern es müsse auch der andere Vertrag aufgezeigt werden, welchen das Gericht an die Stelle des von ihm angenommenen hätte setzen sollen. Es genüge nicht die einfache Negative; es müsse derselben ein Positives hinzutreten. Der Cassationskläger aber vermöge dem Vertrage, den er vor Augen habe, einen Namen nicht zu geben, und er vermöge daher auch kein Gesetz zu bezeichnen, dessen Nichtanwendung dem Landgerichte zum Vorwurf gemacht werden könnte. Wenn es nun feststehe, daß es sich hier von einer reinen Liberalität, also von einem wohlthätigen Vertrage handele, wenn ferner die Schenkung ein wohlthätiger Vertrag sei und kein anderer wohlthätiger Vertrag als das Ergebniß jener Liberalität genannt werden könne, so sei die Schlußfolgerung, daß der Vertrag eben eine Schenkung darstelle, unvermeidlich.

Eine solche sei er aber auch nach der Begriffsbestimmung des Art. 894 in der That. Allerdings gehöre zum Begriff der Schenkung die sofortige unwiderrufliche Entäußerung der Sache Seitens der Schenkenden. Diese Frage aber sei faktischer Natur, sie sei, wenn nicht ausdrücklich, doch stillschweigend vom Landgerichte im Sinne der Cassationsverklagten entschieden, da dasselbe den Schöffenraths-Beschluß nicht blos für eine Liberalität, sondern für eine Schenkung erkläre. Die Annahme der Schenkung schließe die Annahme der Existenz ihrer faktischen Bedingungen nothwendig in sich. Endlich, auch wenn diese faktische Frage einer nochmaligen Prüfung unterzogen werden könnte, würde das Resultat kein anderes sein, als das vom Landgericht gefundene. Man könne auch unkör-

Digitized by Google

perliche Sachen, mithin auch künftige Nutzungsrechte schenken; dem Cassationskläger sei ein bestimmter Theil der Holznutzung des Gemeindewaldes eingeräumt. Hierin liege ein „se dépouiller actuellement."

Der Antrag des Cassationsklägers ging auf Cassation des angefochtenen Urtheiles, in der Sache selbst auf Verwerfung der Berufung; für die Cassationsverklagte wurde die Verwerfung des Cassationsgesuches beantragt.

Es erging hierauf folgendes

Urtheil:

In E., auf das zweite Cassationsmittel, daß ein Akt reiner Liberalität, wofür das angegriffene Urtheil den Schöffenraths-Beschluß vom 28. April 1824 angesehen hat, noch keine Schenkung ist, weil es mehrere Akte reiner Liberalität gibt, welche nicht zu den Schenkungen, sondern zu andern Rechtsgeschäften gehören;

Daß das fragliche Urtheil für seine Ansicht, daß jener Beschluß ein Akt reiner Liberalität sei, dessen Ausdrücke und Inhalt als thatsächliche Basis aufgestellt hat;

Daß in demselben ohne Zeitbestimmung dem Bürgermeister als solchem, mithin für die Dauer seiner Bürgermeisterei-Verwaltung, zur Heitzung des Geschäftslokals aus den Gemeindewaldungen die in dem Beschluß näher bezeichnete Quantität Holz jährlichs unentgeltlich bewilligt wird und zwar aus Billigkeitsgründen, weil er das Geschäftslokal, also dasjenige Lokal, in welchem er für die Gemeinde arbeitet, bisher aus eignen Mitteln geheizt hatte;

Daß daher diese Bewilligung keineswegs auf reiner Liberalität beruhte, sondern durch Billigkeitsgründe hervorgerufen und mit Rücksicht auf die Gegenleistungen und Dienste des Bürgermeisters eine Verbesserung dessen Diensteinkommens und mithin einen onerosen Vertrag darstellt, welcher als von der Kgl. Regierung, der oberaufsehenden Behörde, genehmigt, und zur Begründung der angestellten Klage im Allgemeinen allerdings geeignet ist;

Daß mithin das angefochtene Urtheil, indem es den in jenem Beschlusse nach seinen thatsächlichen Elementen enthaltenen onerosen Vertrag für einen Akt reiner Liberalität und für eine Schenkung erklärte, diesen Vertrag unrichtig qualifizirt, seine Stellung zum Gesetz verkannt, damit das Gesetz selbst verletzt hat und daher der Vernichtung unterliegt;

Daß es bei dieser Sachlage auf eine Prüfung des ersten Cassationsmittels nicht weiter ankommt, da dasselbe nur hypothetisch aufgestellt war, für den Fall nämlich, daß der fragliche Beschluß als eine Schenkung anzusehen wäre;

Daß im Uebrigen die Sache zur definitiven Entscheidung noch nicht reif ist;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der ersten Civilkammer des Kgl. Landgerichtes zu Coblenz vom 15. Januar v. J., verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des Cassirten, sowie die Rückgabe der Succumbenzgelder, verurtheilt die Cassationsverklagte in die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens und weiset die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Berufung von dem Ur-

Digitized by Google

theile der ersten Instanz an die zweite Civilkammer des Kgl. Landgerichtes zu Coblenz.

Sitzung vom 22. Januar 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokaten: HH. Dorn — Reusche.

Verschleppung gepfändeter Gegenstände. — Diebstahlsstrafe. — Eintritt des Käufers gepfändeter Gegenstände in die Rechte und Pflichten des Gepfändeten.

Hatte derjenige, welcher gepfändete Sachen der Pfändung entzogen hat, diese Sachen vorher vom Gepfändeten erkauft, so trifft ihn, vorausgesetzt, daß er überhaupt von der Pfändung Kenntniß hatte, nicht die Strafe des Diebstahls, sondern die geringere Strafe, welche dem Gepfändeten selbst angedroht ist. Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833. Art. 401 des St. G. B.

Kroely — Oeffentl. Ministerium.

Unterm 20. März 1848 wurden auf Betreiben eines Gläubigers gegen den Major v. W. zu M. verschiedene auf dessen Gut befindliche Mobilien und unter diesen ein Wagen und zwei Pferde, gepfändet. Der Kaufmann Kroely zu Köln kaufte angeblich am 24. Juli dess. J. den Wagen und die Pferde von dem Gepfändeten. Er trat auch mit dem Gläubiger in Unterhandlungen, um die Freigabe dieser Gegenstände zu erwirken. Eine definitive Freigabe derselben Seitens des Gläubigers erfolgte jedoch nicht. Trotzdem verkaufte Kroely den Wagen und die Pferde anderweit.

Die Zuchtpolizei-Kammer des Landgerichtes zu Köln brachte die Schlußbestimmung der Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 und den Art. 401 des Str. G. B. zur Anwendung, verurtheilte den Beschuldigten zu Einjähriger Gefängnißstrafe, zu einer Geldbuße von 20 Thlr. zum Verluste der Nationalkokarde und fünfjährigem Verluste der im Art. 42 des Str. G. B. erwähnten bürgerlichen und Familienrechte.

Die correktionelle Appellations-Kammer desselben Landgerichtes bestätigte unterm 2. Januar 1850 dieses Urtheil unter der Erwägung, daß die dem Beschuldigten zur Last fallende That umsoweniger ungestraft bleiben könne, als selbst die Wirklichkeit jenes angeblich am 24. Juli 1848 erfolgten Ankaufes des Wagens und der Pferde unterstellt, der Beschuldigte hierdurch die Pflicht des früheren Eigenthümers hinsichtlich der gepfändeten Mobilien übernommen, und ebensowenig, als dieser, sie der Beschlagnahme, sobald er davon Kenntniß hatte, entziehen durfte.

Der Beschuldigte legte den Cassationsrekurs ein. Sein Anwalt machte neben einem gegen die Anwendbarkeit der Cabinets-Ordre vom 11. Dez. 1833 überhaupt gerichteten Cassationsmittel geltend, daß unter keinen

Digitized by Google

Umständen diejenige Strafe, welche erkannt worden, sich rechtfertige. Sei der Beschuldigte durch den Notarialakt vom 24. Juli 1848 in Wirklichkeit Eigenthümer der in Rede stehenden Gegenstände geworden, und habe er durch diesen Eintritt in die Rechte des Gepfändeten die dem Letzteren obliegenden Pflichten überkommen, so könne ihn auch nur diejenige Strafe treffen, welche den früheren Eigenthümer getroffen haben würde, wofern dieser die Gegenstände durch Verkauf der Pfändung entzogen hätte, den früheren Eigenthümer aber würde nach den deutlichen Worten der Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 nicht die Strafe des Diebstahls, sondern nur eine einmonatliche bis zweijährige Gefängnißstrafe getroffen haben. Es müsse daher der ausgesprochene Verlust der bürgerlichen und Familienrechte, der Verlust der Nationalkokarde und die Geldbuße fortfallen; es würde außerdem bei der Verschiedenheit der Strafmaaße des Art. 401 des Str. G. B. und der hier einschlagenden Bestimmung der Cabinets-Ordre eine bedeutende Herabsetzung der verhängten Freiheitsstrafe sich rechtfertigen; das Landgericht habe daher die Frage, ob der Beschuldigte durch den Notarialakt vom 24. Juli 1848 Eigenthümer der saisirten Gegenstände geworden sei, nicht in das Unbestimmte stellen dürfen; es verletze auf diese Weise die Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 durch falsche Auslegung, es wende den Art. 401 des Str. G. B. falsch an.

Der Kgl. Revisions- und Cassationshof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

In E., daß in der in vorliegendem Falle zur Anwendung kommenden Kgl. Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 verschiedene Strafbestimmungen für die Fälle enthalten sind, wenn durch den bestellten Hüter, sowie durch den Gepfändeten und deren Verwandte, gepfändete Gegenstände der Beschlagnahme entzogen worden sind, oder aber, wenn dieses durch andere Personen geschehen ist, indem nur gegen diese die Strafe des Diebstahls nach Art. 401 des Str. G. B. zur Anwendung kommen soll;

In E., daß wenn der Cassationskläger die der Beschlagnahme entzogenen Pferde und den Wagen, wie er behauptet, bereits früher von dem Gepfändeten gekauft gehabt, er in dieser Beziehung als Eigenthümer der gepfändeten Stücke, an dessen Stelle getreten sein würde, und gegen denselben nur eine Gefängnißstrafe von einem Monat bis zu zwei Jahren hätte erkannt werden können;

Daß daher auch dieser Punkt vor allem näher zu erörtern gewesen ist und das Correctionellgericht, indem es solches unterlassen und erwogen hat, daß selbst in dem Falle, daß der Beschuldigte das Eigenthum jener Mobilargegenstände erworben hätte, doch die Bestrafung eintreten mußte, das angezogene Gesetz vom 11. Dezember 1833 verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Kgl. Landgerichtes zu Köln vom 2. Januar c. ꝛc. verweist im Uebrigen die Sache zur Verhandlung über die Seitens des Beschuldigten ergriffene Berufung an das Kgl. Landgericht zu Coblenz.

Sitzung vom 12. März 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Liel. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokat: H. Dorn.

Digitized by Google

Verschleppung gepfändeter Gegenstände. — Strafbare Absicht.

Zum Thatbestande der strafbaren Verschleppung gepfändeter Gegenstände wird das Vorhandensein einer strafbaren Absicht erfordert.

Der Hüter, welcher zur Beförderung des Vortheiles des Gläubigers gepfändete Gegenstände veräußert und dieselben dadurch der Pfändung entzieht, macht sich nicht strafbar. Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833. Art. 600 der B. P. O.

Müller — Oeffentl. Ministerium.

Auf Betreiben eines Gläubigers erfolgte am 14. Dezember 1848 gegen die Wittwe Schneider zu Köln die Pfändung verschiedener Waarenbestände. Der Schwiegersohn der Gepfändeten, Kaufmann Müller, der zugleich Disponent der von ihr besessenen Handlung war, wurde als Hüter bestellt. Bei dem Recollement vom 7. August 1849 konnte ein Theil der saisirten Waaren nicht repräsentirt werden. Der Hüter gab vielmehr zu, dieselben veräußert zu haben, behauptete aber, daß dies in guter Absicht, nach eingeholtem Gutachten dreier namhaften Advokaten geschehen sei, um den Vortheil des Gläubigers, wie der Schuldnerin, zu befördern; die Waaren seien zu höheren Preisen verkauft, als ein öffentlicher Verkauf ergeben haben würde; die Preise seien gehörig gebucht und neue Waaren an Stelle der alten angeschafft.

Die Zuchtpolizeikammer des Landgerichtes zu Köln nahm die bona fides des Beschuldigten für nachgewiesen an, und erachtete deshalb die Strafbestimmungen der Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 nicht für anwendbar, die Appellationskammer des nämlichen Gerichtes reformirte jedoch auf die Berufung des öffentl. Ministeriums jene Entscheidung. Sie nahm an, daß es lediglich auf die Thatsache ankomme, daß der Hüter die gepfändeten Waaren veräußert habe; in dieser Handlung liege die Entziehung, welche die Cabinets-Ordre mit Strafe bedrohe; das Vorhandensein einer bösen Absicht sei nicht nothwendig. Der Beschuldigte wurde daher zu einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe und in die Kosten verurtheilt.

Gegen diese Entscheidung ergriff der Beschuldigte den Cassationsrekurs. Die vom Anwalte des Cassationsklägers geltend gemachten Gründe wurden vom Revisions- und Cassationshofe in nachstehendem Urtheile adoptirt.

Urtheil:

In E., daß der Art. 600 der B. P. O. diejenigen, welche gepfändete Gegenstände verbringen oder bei Seite schaffen würden (enlèveraient ou détourneraient) nach den Bestimmungen des Str. G. B. bestraft wissen will;

In E., daß auch die Worte der Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 „wenn gepfändete bewegliche Sachen der Pfändung entzogen werden" ganz denselben Sinn haben sollen, wie dies aus dem Inhalte dieser das allgemeine Strafgesetz ergänzenden Bestimmung selbst klar hervorgeht;

Digitized by Google

J. E., daß wenn in beiden Gesetzen die Verschleppung als ein Vergehen characterisirt wird, die strafbare Absicht nothwendig Bedingung der Strafanwendung sein muß, welche Absicht zwar in der That selbst sich aussprechen kann, aber nicht unbedingt und in allen Fällen aussprechen muß, und deren Mangel am wenigsten ohne allen und jeden Einfluß auf die Strafbarkeit sein kann;

J. E., daß demnach die correctionelle Appellationskammer des Landgerichtes zu Köln, indem sie annahm, es komme gar nicht darauf an, ob der Beschuldigte einen Schaden in böser Absicht zugefügt oder einen Vortheil in guter Absicht bezweckt und wirklich erzielt habe, den Sinn der Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 verkannt und dieselbe unrichtig ausgelegt hat;

J. E., daß sie aber dieses Gesetz auch noch in einer andern Beziehung falsch angewendet hat, indem zwar der Depositar, welcher seine Pflichten verletzt, für den Schaden verantwortlich wird, aber nicht dadurch allein (selbst nicht wenn er Hüter) schon die Strafe der Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1833 verwirkt, indem zwar der Schluß richtig sein würde, daß, wer als Hüter gepfändete Gegenstände bei Seite schafft, die Pflicht eines Depositars zugleich verletzen müsse, nicht aber umgekehrt, wer die Depositarpflicht verletzt, nothwendig Gegenstände bei Seite geschafft haben muß; ein Schluß, der vielleicht durch den Nachweis des jetzt als Objekt der Pfändung mehr Vorhandenen widerlegt sein würde, wenn nicht ein solcher Nachweis vom Richter selbst für ganz unerheblich erklärt worden wäre;

In schließlicher Erwägung, daß die Sache nicht in der Lage ist, definitiv entschieden zu werden, weil der Beweis noch einer Ergänzung bedürfen kann und in zweiter Instanz über den Thatbestand gar nicht erkannt ist.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Landgerichtes zu Köln vom 12. November 1849, verordnet die Beischreibung des Gegenwärtigen am Rande des Cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, verweist im Uebrigen die Sache an das Landgericht zu Coblenz.

Sitzung vom 12. März 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokat: H. Dorn.

Disciplinarverfahren. — Notar. — Berufungsfrist.

In Disciplinar-Untersuchungen gegen Notarien muß die Berufung gegen die Urtheile der ersten Instanz in der durch die Allerh. Cab. O. vom 21. Juli 1826 bestimmten einmonatlichen Frist eingelegt werden. *)

Notar N. N. — Oeffentl. Ministerium.

Ein Notar im Bezirke des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf wurde durch Urtheil dieses Gerichts vom 28. März 1849, welches ihm am 13.

*) Vergl. Arch. 24. 1. S. 19.

Digitized by Google

April dess. J. zugestellt worden, wegen Dienstvergehen seines Amtes entsetzt. Die Berufung welche er am 4. Juli dess. J. gegen dieses Urtheil einlegte, wurde durch Urtheil des Rh. A. G. H. vom 6. August dess. J. aus dem Grunde als unannehmbar verworfen, weil nach §. 4 der Verordnung vom 21. Juli 1826 dieselbe in Monatsfrist habe eingelegt werden müssen.

Der hiergegen Seitens des Notars eingelegte Cassationsrekurs wurde auf Verletzung oder falsche Anwendung der §§. 4 u. 7 jener Verordnung welche nur das Disciplinar-Verfahren gegen Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher betreffe, und der Notarien nur historisch erwähne, sowie des Art. 443 der Str. P. O. gestützt, und zur Rechtfertigung dieses Rekurses ausgeführt:

Nur eigentliche Disciplinarstrafen (Ermahnungen, Verweise, Suspensionen, Entsetzungen) würden nach Art. 50 der Notariatsordnung von den Civilsenaten des Landgerichtes des Wohnortes erkannt, über Geldbußen dagegen sei gemäß Art. 49 nach den allgemeinen Competenz-Bestimmungen zu erkennen, mit Ausnahme des Falles des Art. 45, in welchem nach Art. 47 das Landgericht eine Geldbuße von 1 Thaler ausspreche. Es gehe also nach Unterschied des Betrages der Geldbuße oder der disciplinarischen Beschaffenheit des Straffalles die Appellation von den Polizeigerichten an die Corrections-Gerichte, von diesen an die Correctionell-Appellationskammern, von den Civilsenaten an den Appellationshof. Hiernach richteten sich auch die Bedingungen der Appellation. — Wie es in §. 2 der Verordnung unzweifelhaft sei, daß der Notarien nur vergleichungsweise Erwähnung geschehen, so könne dies auch nur vom §. 4 angenommen werden, denn sonst müsse das Gesetz den Sinn haben, entweder, daß der Art. 49 aufgehoben sei und die Civilkammern jetzt über alle Vergehen der Notarien mit Einschluß der Geldbußen zu erkennen hätten, oder daß die Appellation von den Verurtheilungen zu Geldbußen durch Polizei- und Correctionsgerichte auf den Appellationshof übergehe. Nur in einer dieser Weisen könne der §. 4 der Verordnung, der nur von Berufungen an den Appellationshof spreche, auch auf Notarien als disponirend bezogen werden, was schon wegen der hier nothwendigen alternativen Auslegung nicht anwendbar sei. In einem früheren Falle habe auch der Appellationshof das Gegentheil seines jetzigen Grundsatzes angenommen, Archiv 24. 1. 19. Hiernach sei der §. 4 und 7 allein auf die in der Ueberschrift der Verordnung genannten Beamten zu beziehen.

Das öffentl. Ministerium setzt in einer Erwiderungsschrift entgegen: Die Notariats-Ordnung habe die Zulässigkeit und die Bedingungen der Berufung gegen die nach Art. 50 derselben zu fällenden Disciplinargesetze unbestimmt gelassen und nur in Art. 52 beiläufig der Berufung des verurtheilten Notars erwähnt, dagegen insbesondere nicht festgestellt, ob nur bei Suspension und Dienstentsetzung und ob nur dem verurtheilten Notar, oder auch dem öffentl. Ministerium das Rechtsmittel zustehe, sowie an welchen Richter dasselbe gehe. Diese Lücken auszufüllen, sei Zweck des §. 4 der Verordnung, welche eine gebietende Vorschrift, nicht blos hinsichtlich der im §. 2 und 3 bezeichneten Disciplinarerkenntnisse, sondern auch hinsichtlich der Notarien enthalte. Umfasse der §. 4 die Disciplinarerkenntnisse gegen letztere, so folge daraus, daß auf sie auch die im §. 7 der Verordnung bestimmte Einlegungsfrist anzuwenden sei.

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß die Verordnung vom 21. Juli 1826, obwohl sie der Ueberschrift entsprechend, hauptsächlich die Disziplinarfälle der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher zum Gegenstande hat, dennoch im §. 4 mit den Worten:

„gegen alle Entscheidungen dieser Art (§§. 2 und 3), sowie gegen diejenigen hinsichtlich der Notarien nach der Verordnung vom 25. April 1822, soll die Berufung an den Rheinischen Appellationshof sowohl von Seiten des Ober-Prokurators als des Beschuldigten zulässig sein," —

ausdrücklich auch über die eigentlichen Disziplinarvergehen der Notarien, für welche die Civilsenate der Landgerichte des Wohnsitzes die richtenden Behörden sind, eine ausdrückliche Bestimmung enthält, welche die hinsichtlich der Zulässigkeit und der Bedingungen des Rechtsmittels durch die Notariatsordnung gelassenen Lücken ergänzt;

Daß aber der §. 7 alle Fälle umfaßt, welche der §. 4 der Verordnung enthält;

Daß mithin weder diese Stellen noch der Art. 443 der B. P. O. verletzt sind.

Aus diesen Gründen

verwirft u. s. w.

Sitzung vom 16. April 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Daniels. — Conl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokat: H. Reusche.

Erndte-Diebstahl. — Mildernde Umstände. — Straf-Milderung.

Der Art. 463 des Str. G. B. gestattet eine Straf-Milderung bei dem Vorhandensein mildernder Umstände nur in Ansehung solcher Vergehen, welche in dem Str. G. B. selbst mit Gefängnißstrafe bedroht sind. — Er findet daher keine Anwendung bei Erndte-Diebstählen, bei welchen nach der Gen.-Gouv.-Verordnung vom 13. Okt. 1814 eine correctionelle Strafe eintreten kann.

Oeffentl. Ministerium — Neumann.

Der Rh. Revisions- und Cassationshof hat bereits mehrfach entschieden, daß der Art. 463 des St. G. B. nur auf solche strafbaren Handlungen anwendbar sei, welche im Str. G. B. selbst als Vergehen mit einer Gefängnißstrafe bedroht sind, und daß er daher insbesondere bei solchen Haus- und Erndte-Diebstählen nicht zur Anwendung kommen dürfe, welche in Folge neuerer Verordnungen (Gen.- Gouv.- Verordnung vom 16. Februar, 31. Mai und resp. 13. Oktober 1814) unter Umständen nur

Digitized by Google

mit einer correctionellen Strafe zu ahnden sind.*) Dieselbe Ansicht hat er in der neuern Zeit abermals ausgesprochen durch folgendes, ein Urtheil der correctionellen Appellkammer des Landgerichts zu Trier cassirendes und das Urtheil des Zuchtpolizei-Gerichts daselbst wieder herstellendes

Urtheil:

J. E., daß die Verordnung vom 13. Oktober 1814 ein Specialgesetz ist, welches die Strafe zweier Arten von Verbrechen bedingungsweise gemildert, und zugleich diese Milderung für den Specialfall wieder beschränkt hat;

J. E., daß dieses Verhältniß schon nach dem Wortinhalte des Art. 463 des Str. G. B. dessen Anwendung ausschließt, weil nicht auf die im allgemeinen Strafgesetz für Fälle der Art bestimmte Strafe erkannt wird; daß aber dieselbe Ausschließung auch aus den Worten des Specialgesetzes hervorgeht, welches kein Minimum mehr bestimmen würde, wenn auf eine noch geringere als die für die geringste erklärte Strafe erkannt werden dürfte und welches doch, zugleich mit Beseitigung unverhältnißmäßiger Strenge, einer zu großen Milde vorbeugen wollte;

J. E., daß die Unanwendbarkeit des Art. 463 des Str. G. B. auch noch in dem Erwägungsgrunde des angegriffenen Urtheils eine Bestätigung findet, durch welchen nur festgestellt ist, und nach Art. 463 nur festgestellt werden konnte, daß der Werth des Gestohlenen keine 25 Franken betrage, eine Thatsache, welche noch nicht die Criminalstrafe ausschließt und mithin der Richter auf den §. 1 der Verordnung vom 13. Oktober 1814 zurückgehen mußte, der sich von dem §. 2 derselben Verordnung nicht willkürlich trennen läßt;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 14. März d. J. und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des kassirten;

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:
verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof die gegen das Urtheil der Zuchtpolizeikammer des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 3. Dezember v. J. ergriffene Berufung u. s. w.

Sitzung vom 28. Mai 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen. — Concl: H. G. P. Jaehnigen.

Rechnungslegung. — Qualifizirtes Geständniß.

Die Untheilbarkeit des Geständnisses erstreckt sich nicht auf den Inhalt einer von einem Rechnungspflichtigen gelegten Rechnung; derselbe muß Einnahme und Ausgabe trennen, und die Posten in beiden rechtfertigen, ohne daß er sich

*) Vergl. Arch. 2. 2. 145. — 26. 2. 75. — 29. 2. 57. — 30. 2. 58. — 34. 2. 18.

dieser Verpflichtung durch Abgabe eines qualifizirten Geständnisses entledigen könnte. Art. 1356, 471 des B. G. B. Art. 533, 534, 537 der B. P. O.

Praetorius — Kramer.

Nach dem Tode der Ehefrau Praetorius zu Bacharach, wurde der gegenwärtige Cassationsverklagte zum Nebenvormunde der vier minderjährigen Geschwister Praetorius ernannt und mittelst Familienrathsbeschlusses vom 11. Juli 1814 beauftragt:

mehrere, von der verstorbenen Mutter herrührende Grundstücke zu verkaufen, die Steiggelder zu empfangen, daraus die mütterlichen Schulden zu bezahlen, den Ueberschuß aber auf Zinsen auszuleihen, und die letzteren dem Vater zur Verwendung für die Kinder zuzustellen.

Er hat darüber wenigstens der gegenwärtigen Cassationsklägerin, einer jener vier damals minderjährigen Geschwister Praetorius, wie nach einem von derselben im gegenwärtigen Prozesse abgeleisteten Eide feststeht, nicht Rechnung gelegt. Im Jahre 1844 stellte dieselbe endlich eine auf dieses Verhältniß bezügliche Klage beim Friedensgerichte zu Bacharach wider ihn an, indem sie die Summe von 77 Thlr. 15 Sgr. 2 Pfg. forderte, welche sie in der Art berechnete, daß sie

1) ein Viertel des Kaufpreises der von ihm an dritte Personen verkauften mütterlichen Güter mit	65 Thl.	29 Sgr.	2 Pf.
2) ein Viertel des Kaufpreises eines von ihm selbst übernommenen Feldes mit . . .	8 „	10 „	— „
und endlich			
3) ein Viertel des von ihr angegebenen Werthes einer zum Nachlasse gehörigen Kiste mit Mobilien, welche Verklagter an sich genommen und verbraucht habe mit	9 „	26 „	— „
Zusammen also	84 „	5 „	2 „
in Anspruch nahm, davon jedoch den Betrag von 12 fl. oder	6 „	20 „	— „
welche sie erhalten zu haben eingestand, abzog,			
so daß	77 „	15 „	2 „

als ihr zu Gute kommend, sich ergaben.

Verklagter widersprach der Klage durchweg. Er gestand zwar die Uebernahme der Kiste zu, behauptete aber, daß dieselbe nur werthlose, von ihm für die Minorennen verwendete Gegenstände enthalten habe. Die beiden ersten Posten der Forderung erkannte er als richtig an, stellte jedoch eine Rechnung auf, wonach die vereinnahmten Kaufschillinge bis auf die von der Klägerin als empfangen anerkannten zwölf Florins theils zur Tilgung elterlicher Schulden, theils zum Unterhalte der Minorennen, theils endlich für Kosten des väterlichen Haushaltes verwendet seien.

Klägerin erkannte die von ihm producirten Quittungen nicht an, erklärte sie vielmehr für falsch und erbot sich zur Fälschungsklage.

Nach weitläufigen Vorverhandlungen erkannte das Friedensgericht zu Bacharach am 25. September 1844, indem es die Klägerin mit ihrer

Digitized by Google

Forderung in Betreff des Werthes der Kiste wegen nicht erbrachten Beweises abwies, die beiden anderen Posten dagegen als richtig annahm, und rücksichts der in der Gegenrechnung des Verklagten enthaltenen Posten mehrfach unterschied. Diejenigen nämlich, welche sich als Auslagen für den Vater oder für die gütergemeinschaftliche Hälfte desselben darstellten, verwies es als nicht connexe und nicht liquid gemachte Gegenforderungen ad separatum; rücksichts derjenigen, welche Verklagter als Geschäftsführer im Interesse der Kinder gemacht hatte, und derjenigen, welche mütterliche Schulden betrafen, untersuchte es ferner, in wie fern wirklich glaubhaft erscheinende Quittungen vorhanden seien oder nicht, legte im letzten Fall dem Verklagten den Beweis auf, beurkundete aber rücksichts der übrigen Quittungen der Klägerin, daß sie sich zur Fälschungsklage erboten habe, verwies in dieser Hinsicht die Sache an das Landgericht, und behielt sich die Entscheidung über den Kostenpunkt bis zur völligen Aburtheilung vor.

Gegen dieses Urtheil wurde vom Beklagten die Berufung, von der Klägerin demnächst die Injidentberufung eingelegt, und nahm das Landgericht zu Coblenz in seinem Urtheile vom 16. August 1845 auch wirklich andere Grundsätze an. Soweit nämlich die Ausgabeposten gütergemeinschaftliche Schulden, Ausgaben für die Minorennen oder auch Ausgaben für den dem Vater und den Kindern gemeinschaftlichen Haushalt betrafen, betrachtete es die Gegenrechnung als eine dem Eingeständnisse des Verklagten beigefügte Qualification, deren anderweiten Beweises es nicht bedürfe; soweit sie dagegen den Vater allein betrafen, als Gegenforderungen, die es ad separatum verwies. Es beschränkte daher die im Urtheile erster Instanz ausgesprochene Verweisung ad separatum auf einige Posten, setzte die Restforderung der Appellatin für die unter Nro. 1 und 2 der Klage aufgeführten Immobilar-Kaufschillinge auf nur 4 Thlr. 7 Sgr. 2 Pfg. fest, verurtheilte demnach den Verklagten zur Zahlung dieses Betrages mit Zinsen vom Tage der Klage, bestätigte die Abweisung rücksichts des Werthes der Kiste unter Verwerfung der Injidentberufung, und legte der Appellatin eilf Zwölftel, dem Appellanten ein Zwölftel der Kosten zur Last.

Die Motive des Urtheils lauten, soweit sie jetzt noch interessiren, wie folgt:

J. E., daß bezüglich des ersten und zweiten Postens der in der Klage der Appellatin aufgestellten Forderungen, Seitens des Appellanten zwar zugegeben worden ist, daß in Gemäßheit eines, während der Minderjährigkeit der Appellatin und ihrer Geschwister von dem Vater und Vormunde derselben unter Mitwirkung des Familienrathes ihm, Appellanten, als damaligen Nebenvormunde der Minorennen ertheilten Auftrages, seinerseits sowohl in den Jahren 1814 — 1817 die Einziehung des Steigerlöses der sub 1, der Klage erwähnten, im Jahre 1814 zum Zwecke der Schuldentilgung zur Versteigerung gebrachten mütterlichen Grundstücke der Minorennen, als auch in einer spätern Periode der Empfang des Kaufpreises des besonders veräußerten, sub 2, der Klage erwähnten, den gedachten minderjährigen Kindern zugehörig gewesenen Feldes, zu den in der Klage angegebenen Beiträgen erfolgt sei;

Daß diesem Zugeständnisse des Appellanten derselbe jedoch gleichzeitig unter Vorlegung einer detaillirten und mit Quittungen belegten Ausgaberechnung, die weitere Erklärung hinzugefügt hat, daß die von ihm, wie angegeben, für Rechnung der minderjährigen Kinder empfangenen

Digitized by Google

Kaufgelder, dem größeren Betrage nach, theils zur Tilgung elterlicher Schulden, theils zur Bestreitung der Erziehungs- und Unterhaltungskosten der Minorennen, so wie für Kosten des väterlichen Haushaltes verausgabt, für den hiernach verbliebenen Rest aber, bei Gelegenheit einer im Jahre 1827 Statt gehabten Abrechnung der Appellaten bis zum Belaufe ihres ratirlichen vierten Antheils baar ausgezahlt worden seien; — auch Seitens des Appellanten zur Unterstützung seiner Angabe: daß jene Verausgabung in Folge eines ihm vom Vormund und Familienrathe ertheilten Auftrages geschehen sei, ausweislich des friedensgerichtlichen Protokolles in erster Instanz die Ausfertigung eines am 11. Juli 1814 zu Stande gekommenen Familienraths-Beschlusses vorgelegt worden ist, durch welchen Appellant zum Empfang der Steigpreise der zu veräußernden, von der Mutter der Minderjährigen herrührenden Grundstücke ermächtigt und gleichzeitig beauftragt wurde, daraus die mütterlichen Schulden zu bezahlen, den Ueberschuß auf Zinsen auszuleihen und die letzteren dem Vater zur Verwendung für die Kinder zuzustellen;

Daß, soweit nun die vom Appellanten behaupteten Ausgaben ihrer Natur nach als wirklich innerhalb der Grenzen dieses Mandates geschehen erachtet werden können, die hier angeführte Erklärung desselben offenbar nicht als Aufstellung einer zum Zwecke der Kompensation geltend zu machenden Gegenforderung, sondern vielmehr die Angabe: er habe die ihm zu bestimmter Verwendung überwiesenen Gelder dem erhaltenen Auftrage gemäß verausgabt, als Behauptung einer direkten Liberation und sonach als eine dem Geständnisse hinzugefügte Qualification erachtet werden muß;

Daß mit Rücksicht auf den Umstand, daß Seitens der Appellatin für die durch den Appellanten in Wirklichkeit erfolgte Einziehung der hier fraglichen Kaufgelder ein selbstständiger Beweis weder in erster noch in gegenwärtiger Instanz geführt oder auch nur erboten worden ist, in Beziehung auf die hierhin gehörigen Zahlungen dem Appellanten sonach der Grundsatz der Untheilbarkeit qualificirter Geständnisse zur Seite stehen wird, demnach seinerseits für die desfallsigen Posten seiner Ausgaberechnung es nicht der Beibringung besonderer Beweise bedurfte, und sonach auch nichts darauf ankommen kann, daß die zum Ueberflusse vom Appellanten zu jenen Posten vorgelegten Quittungen Seitens der Appellatin nicht als ächt anerkannt, sondern vielmehr geradezu als falsch bestritten worden sind;

J. E., daß als solche ihrer Natur nach innerhalb des ihm gewordenen Auftrages durch den Appellanten geleistete Zahlungen nun aber zuvörderst die von demselben behauptete Tilgung gütergemeinschaftlicher Schulden für die auf den mütterlichen Antheil der Minorennen in der aufgelösten Gütergemeinschaft fallende Hälfte angesehen werden muß;

Daß Seitens der Appellatin zwar einestheils die Existenz der hier fraglichen Schulden an Greifenstein, Lindau und Schuppert verabredet, anderntheils ein, Namens der Minorennen als Erben der Mutter erfolgter Verzicht auf die eheliche Gütergemeinschaft der Eltern behauptet, und demnach auch für die hier in Rede stehende Hälfte jener Schuldbeträge jedenfalls deren Natur als mütterliche Schulden bestritten worden ist; daß jedoch in Ansehung der hier einschlägigen faktischen Behauptung des Appellanten, bezüglich der Existenz derartiger mütterlicher oder gütergemeinschaftlicher Schulden, demselben wieder die Untheilbarkeit seines Ge-

Digitized by Google

ständnisses um so mehr zur Seite stehen muß, als wenigstens im Allgemeinen für die Richtigkeit der desfallsigen Angaben des Appellanten, schon in der durch Familienrathsbeschluß vom 11. Juli 1814. zum Zwecke der Tilgung mütterlicher Schulden angeordneten Veräußerung der versteigerten Grundgüter, ein hinlänglicher Anhaltspunkt gefunden werden muß; daß der von der Appellatin behauptete Verzicht auf die Gütergemeinschaft aber, da derartige Verzichte nicht vermuthet werden, in gehöriger Form Seitens derselben zu erweisen gewesen wäre;

J. E., was die von dem Appellanten behaupteten Verwendungen für den Unterhalt und die Erziehung der Appellatin betrifft, daß dem Wortlaute des Familienrathsbeschlusses vom 12. Juli 1814 zufolge, zwar der nach Tilgung der mütterlichen Schulden verbleibende Ueberschuß der einzuziehenden Steiggelder von dem Appellanten auf Zinsen angelegt und nur letztere dem Vater zur Verwendung für die Kinder überantwortet werden sollten; daß bei der unzweifelhaft eingetretenen nachherigen Insufficienz dieser Zinsen jedoch Appellant unbestreitbar im Sinne, und sonach innerhalb der Grenze des ihm übertragenen Mandats gehandelt hat, wenn er, soweit hierfür eine dringende Nothwendigkeit vorlag, auch den Kapitalstock des in seinen Händen verbliebenen Steigschillings-Ueberschusses zum Unterhalt und zur Erziehung der Minorennen verwendete; daß daher auch für die hierhin gehörigen Posten der Ausgaberechnung wieder dem Appellanten der Grundsatz des qualificirten Geständnisses zur Seite steht, übrigens aber auch schon in Gemäßheit des Art. 471 alin. 2 des B. G. B., da er im Auftrage und als Stellvertreter des Vaters und Hauptvormundes handelte, es seinerseits für die hierhin gehörigen nützlichen Ausgaben nicht der Erbringung eines stringenten schriftlichen Beweises bedurfte;

J. E., daß ein Gleiches selbstredend auch für die Hälfte der vom Appellanten seiner Rechnung zufolge im gemeinsamen Interesse der Minorennen und des überlebenden Vaters gemachten Ausgaben gelten muß; daß hierhin aber auch die vom Appellanten in seiner Rechnung aufgeführten Steuern, sowie die Reparaturkosten des der qualificirten Erklärung des Appellanten zufolge zur Gütergemeinschaft gehörig gewesenen halben Wohnhauses zu rechnen sind, da diese Schuldposten, soweit dieselben aus einer Periode vor Auflösung der Ehe herrühren möchten, als zur Gütergemeinschaft gehörig, soweit es sich aber von später erfallenen Steuern handeln mag, als eine gemeinsame Last der vom Vater und den Kindern gemeinschaftlich fortgeführten Haushaltung anzusehen waren ꝛc.

J. E., was die nach Behauptung des Appellanten an die Appellatin nach erlangter Großjährigkeit geleisteten Baarzahlungen betrifft, daß diese selbstredend nach Maaßgabe der Untheilbarkeit qualificirter Geständnisse dem Appellanten zu Gute zu schreiben sind;

J. E., bezüglich des dritten Klageposten, daß Appellant den Empfang einer Kiste nur qualificirt zugestanden hat, bei dem Mangel aller sonstigen Beweise die im Urtheile a quo in Betreff dieses Postens erfolgte abweisende Entscheidung sich daher vollkommen rechtfertigt;

J. E., daß nach Maaßgabe der hier entwickelten Grundsätze die Incidentberufung der Appellatin überall als unbegründet zerfällt, die Hauptberufung des Appellanten aber in soweit als gerechtfertigt erscheint, als bezüglich der großen Mehrzahl der von demselben in Ansatz gebrachten Posten Seitens des ersten Richters nicht sofort der Beweis der Zahlung

Digitized by Google

als geführt erachtet und für den Betrag dieser Posten die Klage als unbegründet abgewiesen worden ist; daß unter beziehungsweiser Reformirung des Urtheils a quo demnach Appellant nur mit Ein Achtel des an Greifenstein gezahlten Betrages, sowie mit der Hälfte der Posten eins pro 1815; eins pro 1820; zwei, fünf und sechs pro 1815; eins pro 1822; eins, zwei und drei pro 1816 und mit den in Posten vier pro 1815 enthaltenen Exekutionskosten ad separatum zu verweisen, der übrige Betrag der von demselben in Rechnung gebrachten Auslagen hingegen, demselben mit 5 Florin 35 Kreuzer auf die in seiner Einnahme-Rechnung in gleichem Betrage vorkommenden Zinsen der erhobenen Steigschillinge mit 70 Thlr. 1 Sgr. 11 Pfg., aber auf das Kapital der Appellatin in jenen Steigschillingen competirenden Antheils resp. auf Posten eins und zwei der gegenwärtigen Klage zu gut zu schreiben ist, die hiernach aus jenen Klageposten restirende Forderung der Appellatin sich folgeweise auf nur 4 Thlr. 7 Sgr. 3 Pfg. feststellt.

Gegen dieses, erst am 12. Dezember 1848 zugestellte, Urtheil hat Klägerin den Cassationsrecurs angemeldet und denselben auf: Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 471 und 1356 des B. G. B. sowie Verletzung der Art. 533, 536, 537 und 542 der B. P. O. gestützt.

Der Gegenstand des Prozesses sei, wenn auch nicht in der für Rechnungsablagen vorgeschriebenen Prozeßform geltend gemacht, ein Streit über eine Rechnung. Bei Rechnungslegungen habe aber der Rechnungspflichtige nach der klaren Vorschrift der Art. 533, 536, 537 und 542 der B. P. O. jeden einzelnen Ausgabeposten zu justificiren. Hier könne daher nicht die Vorschrift des Art. 1356 über die Untheilbarkeit des Geständnisses zur Anwendung kommen. Der Verklagte hätte daher die von der Klägerin bestrittene Richtigkeit und Existenz der Auslagen beweisen müssen. Auch habe der Appellationsrichter ferner den Art. 471 des B. G. B. verletzt, indem er annehme, daß der Cassationsverklagte bei den für die Minorennen oder den gemeinsamen Haushalt als Stellvertreter des Vaters behaupteten Ausgaben keinen stringenten schriftlichen Beweis zu führen brauche, während er nach Art. 471 doch jede Ausgabe justificiren müsse. Auch in Bezug auf die Kiste sei der Grundsatz von der Untheilbarkeit des Geständnisses mit Unrecht angewendet, denn nach Art. 469 des B. G. B. müsse der Cassationsverklagte in seiner vormundschaftlichen Eigenschaft nicht blos über empfangene Geldbeträge, sondern über alle Gegenstände, die in seine Hände gelangt sind, Rechenschaft ablegen, da er dies nicht gethan, so werde nach Art. 1369 des B. G. B. der Werth des Inhaltes durch den Eid der Cassationsklägerin gegen ihn festgestellt werden müssen.

Hiernach wird auf Cassation des Urtheils und demnächst auf Entscheidung in der Sache selbst nach den von der Klägerin in der Appellationsinstanz genommenen Anträgen angetragen.

Die Cassationsschrift ist dem Cassationsverklagten zugestellt, jedoch keine Erwiderungsschrift eingegangen.

Urtheil:

J. E., daß Cassationsverklagter, obgleich durch Akt des Gerichtsvollziehers Eschrich vom 14. Mai curr. geladen, keine Erwiderungsschrift eingereicht hat, daß daher dem Antrage des Cassationsklägers in contu-

Digitized by Google

maciam zu erkennen, Folge zu geben ist (§. 7, 8 des Gesetzes vom 13. Oktober 1843);

J. E., daß nach der Feststellung des angegriffenen Urtheils Cassationsverklagter als damaliger Nebenvormund der Cassationsklägerin und ihrer Geschwister durch Familienraths-Beschluß vom 11. Juli 1814 zum Empfange der Steigpreise der zu veräußernden, von der Mutter der Minderjährigen herrührenden Grundstücke ermächtigt und gleichzeitig beauftragt worden ist, daraus die mütterlichen Schulden zu bezahlen, den Ueberschuß auf Zinsen auszuleihen und die letzteren dem Vater zur Verwendung für die Kinder zuzustellen; daß er hierdurch eine vormundschaftliche Verwaltung überkam, welche ihn rechnungspflichtig machte (Art. 469 des B. G. B.); daß er, indem er auf die von der Cassationsklägerin angestellte Klage die von derselben angesetzten Preise der Grundstücke als empfangen einräumt und dagegen eine Berechnung über die Verwendung derselben producirt, nur dieser Rechnungspflicht genügt;

J. E., daß die Rechnungslegung ihrem Begriffe nach in der Trennung von Einnahme und Ausgabe, und in der Rechtfertigung jedes sowohl zu dieser als zu jener gehörigen Postens besteht; daß sie die Erfüllung einer bestehenden Pflicht darstellt und mithin nicht unter den Begriff eines Geständnisses, welches den Beweis einer bestrittenen Pflicht bildet, (Art. 1354 des B. G. B.) gebracht werden kann; daß auch der Art. 471 des B. G. B. für den Vormund und die Art. 533, 534 und 537 der B. P. O. für jeden Rechnungspflichtigen die Trennung und Rechtfertigung der Ausgabeposten bestimmen;

J. E., daß hiernach die Vorschrift über die Untheilbarkeit des Geständnisses auf den Inhalt einer Rechnung, und mithin auch auf die vom Cassationsverklagten über die von ihm als Nebenvormund in Folge des Familienraths-Beschlusses vom 11. Juli 1814 geführte Verwaltung gelegte Rechnung nicht anwendbar ist, und der Appellationsrichter, indem er dies dennoch that, den Art. 1356 des B. G. B. falsch anwandte und die Art. 471 des B. G. B. und 533, 534, 537 der B. P. O. verletzte;

J. E. jedoch, in Betreff der unter Nro. 3 der Klage geforderten Position von 9 Thlr. 26 Sgr. als den vierten Theil des Werthes einer Kiste mit Mobilien, daß der Cassationsverklagte nur Nebenvormund war und nicht als solcher, sondern nur in dem Umfange des Familienraths-Beschlusses vom 11. Juli 1814 das Vermögen der Minorennen zu verwalten hatte; daß daher die Uebernahme der qu. Kiste von seiner Seite ein vereinzeltes Faktum war, welches nicht eine Pflicht zur Rechnungslegung, sondern nur die Verbindlichkeit zur Herausgabe resp. Vergütung des Werthes herbeiführte;

J. E., daß hiernach sein über die Annahme, aber Werthlosigkeit und Verwendung des Inhaltes der Kiste abgegebenes Geständniß untheilbar und der Art. 1356 in dieser Beziehung in dem angegriffenen Urtheile richtig angewendet ist; daß auch nach der im Urtheile zweiter Instanz bestätigten Feststellung des ersten Instanzrichters, die Klägerin den ihr hierüber obliegenden Beweis nicht erbracht hat;

J. E., endlich, daß die Entscheidung des Appellations-Urtheiles, durch welche gewisse Ausgabepositionen der Rechnung des Cassationsverklagten ad separatum verwiesen sind, der Kassation nicht unterliegt;

Aus diesen Gründen

erkennt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in contumaciam gegen

Digitized by Google

den Cassationsverklagten, verwirft zwar den Cassationsrekurs gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Coblenz vom 16. August 1845, in so weit als dasselbe hinsichtlich der erkannten Abweisung des dritten Klagepostens von 9 Thlr. 26 Sgr. für eine empfangene Kiste und deren Inhalt das Urtheil erster Instanz bestätiget;

Cassirt dagegen das gedachte Urtheil vom 16. August 1845, mit Ausschluß der darin ausgesprochenen Verweisung des Cassationsverklagten mit einigen Ausgabeposten seiner Rechnung ad separatum, seinem übrigen Inhalte nach u. s. w.

Sitzung vom 18. Dezember 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokat: Dorn.

Destillirapparat. — Steuerbehörde.

Destillirgeräthe sind überhaupt der allgemeinen Aufsicht der Steuerbehörde unterworfen. Jeder Inhaber eines Destillirapparats muß von der Aufstellung und Haltung desselben der Steuerbehörde Anzeige machen.

Dies gilt auch dann, wenn der Apparat nur zur Liqueurbereitung und nicht zu Branntweinfabrikation aus Maische geeignet ist.

Steuerordnung vom 8. Februar 1819 §. 16. 66. Cab.-Ordre v. 14. Dez. 1833, Regulativ v. 1. Dez. 1820 §. 9.

Oeffentl. Ministerium — Küppers.

In Folge Provocation auf gerichtliches Gehör wurde der Kaufmann Hermann Küppers zu Rheydt, jetzt Destillateur zu Gladbach, vor das Zuchtpolizeigericht zu Düsseldorf gestellt, weil er einen Destillir-Apparat von dem Kaufmann Heck zu Rheydt angekauft und aufgestellt haben sollte, ohne hierüber der Steuerbehörde in Gemäßheit der §§. 16 und 66 der Branntweins-Steuerordnung vom 8. Februar 1819 Anzeige gemacht zu haben. Er gestand den Ankauf und die Aufstellung des Apparates, den er übrigens weder zum Destilliren noch Brennen gebraucht habe, ein, und hielt sich für straflos, weil der angeführte §. 66 nur von Brenn-Geräthen spreche, mithin auf Destillir-Geräthe nicht anwendbar sei, überhaupt aber die Steuerordnung von 1819 bei dem veränderten Stande der Gesetzgebung nach Aufhebung des Blasenzinses und Einführung der Maischbottigsteuer nur noch auf die Fälle des Branntwein-Brennens angewandt werden könne, wie denn auch die steueramtliche Aufsicht über die Geräthschaften zum Destilliren fertigen Branntweins bereits factisch aufgehört habe.

Der als Zeuge vernommene Steueraufseher Braun bekundete:

Digitized by Google

daß er den Apparat, der auch zum Brennen benutzt werden könne, vollständig aufgestellt gefunden und Beschuldigter wahrheitswidrig angegeben habe, dem Steueramte die erforderliche Anzeige gemacht zu haben,

worauf das Zuchtpolizeigericht durch Urtheil vom 24. November 1848 den Beschuldigten zu einer Geldbuße von 25 Thlr. event. vier Wochen Gefängniß, Confiskation des Apparates und in die Kosten verurtheilte, indem es erwog, daß der, auch zum Brennen taugliche Destillir-Apparat ohne Anzeige bei dem Steueramte angekauft und aufgestellt, der §. 66 der Steuerordnung vom 8. Februar 1819 aber weder durch das Regulativ vom 1. Dezember 1820, noch durch die Kabinetsordre vom 10. Januar 1824 aufgehoben worden sei.

Nachdem auf die von dem Beschuldigten gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung der Kupferschläger Liethen und der Brennereibesitzer Mühlenbroich als Sachverständige im Widerspruch mit dem in erster Instanz vernommenen Steuer-Aufseher Braun bekundet hatten, daß der fragliche Apparat nur zum Destilliren, nicht aber zum Brennen des Branntweins geeignet sei und daß der Beschuldigte, nach der Aussage des Liethen, in seinem Hause weder Maischapparate noch Platz zum Brennen habe, erklärte die Correctionell-Appellationskammer, nachdem sie früher durch Urtheil vom 18. Juni 1849 die Berufung in contumaciam verworfen hatte, auf die Opposition des Beschuldigten und unter Reformation des Contumacial-Urtheils, durch Urtheil vom 10. September 1849 die Handlung des Beschuldigten:

einen Destillir-Apparat ohne vorherige Anmeldung bei der Steuerbehörde angekauft und aufgestellt zu haben,

für nicht straffällig und vernichtete die Vorladung mit allem, was darauf gefolgt ist, indem sie in Betracht zog:

daß der fragliche Apparat, wie faktisch feststehe, nur zur Liqueur-Bereitung, nicht aber zur Branntwein-Fabrikation aus Maische benutzt werden könne;

Daß aber durch die Cabinetsordre vom 14. Dezember 1833 und die darauf erfolgte Ministerial-Verfügung vom 23. dess. M. alle Vorschriften der Steuer-Ordnung vom 8. Februar 1819 rücksichtlich der Destillirgeräthe, welche lediglich zur Liqueur-Bereitung benutzt werden, aufgehoben worden seien.

Gegen diese Entscheidung hat das öffentl. Ministerium an demselben Tage, mithin rechtszeitig, den Cassations-Rekurs wegen falscher Auslegung der Kabinetsordre vom 14. Dezember 1833 ergriffen, solchen dem Beschuldigten am 2. November 1849 notificirt und zu seiner Rechtfertigung angeführt:

Die Kabinetsordre habe zwar die Entrichtung des für die Liqueur-Bereitung neben der Maischsteuer angeordneten Blasenzinses und demgemäß den hierauf sich beziehenden §. 9 des Regulativs vom 1. Dezember 1820, keineswegs aber die Aufsicht über die Liqueur-Destillirgeräthe aufgehoben, indem sie davon gar nicht rede, vielmehr bestimme die Ministerial-Bekanntmachung vom 23. Dezember 1833, daß die Destillirgeräthe auch fernerhin der allgemeinen Aufsicht der Steuerbehörde unterworfen bleiben sollen, eine Bestimmung, zu deren

Digitized by Google

Ausführung natürlich die Anzeige des Besitzes solcher Geräthschaften (§. 16, 17 der Steuerordnung) im Interesse der Verwaltung unerläßlich sei, da Destillirgeräthe, wenn dies auch von den Sachverständigen in casu bestritten werde, allerdings auch zum Abbrennen von Maische benutzt werden können, weshalb schon der §. 9 des Regulativs auf den möglichen Mißbrauch sogar solcher Destillirgeräthe hindeute, welche ausschließlich zu anderem Gebrauche als zur Branntwein- und Liqueur-Fabrikation gehalten würden.

Da nach der faktischen Feststellung des Appellationsrichters, erwidert der Cassationsverklagte, der fragliche Apparat zur Branntwein-Fabrikation nicht benutzt werden könne, so sei auch der §. 66 der Steuerordnung unanwendbar, weil er sich nur auf Brenngeräthe beziehe, wenigstens jetzt nur noch für diese Geräthe maaßgebend sei. Nach §. 6 des Gesetzes vom 8. Februar 1819 nämlich, sei sowohl der Branntwein als der Liqueur steuerpflichtig, daher die allgemeine Vermuthung, daß Destillirgeräth zu jenen Zwecken benutzt werde; nach §. 14 seien Brenngeräthe und Brennräume der steueramtlichen Aufsicht unterworfen und §. 33 verweise auf eine besondere Steuer-Ordnung, durch welche die Verpflichtungen derer, welche die Steuern zu entrichten und dabei Etwas zu beobachten haben, bestimmt werden sollten. Diese Steuerordnung vom 8. Februar 1819 beziehe sich also auf steuerpflichtige Fabrikate und auf Geräthe, welche zur Anfertigung solcher Fabrikate benutzt wurden oder benutzt werden konnten, nicht aber auf steuerfreie Fabrikate und die dazu erforderlichen Geräthe. Wenn sie nun auch ursprünglich auf die steuerpflichtige Liqueur-Bereitung anwendbar gewesen, so hätten doch mit Aufhebung der Liqueur-Steuer alle Maaßregeln von selbst wegfallen müssen, welche zur Sicherung des früheren, jetzt nicht mehr vorhandenen Steuer-Interesses angeordnet gewesen. Das Regulativ vom 1. Dezember 1820 habe für die Branntwein-Fabrikation eine Maischsteuer statt des Blasenzinses eingeführt, den Letzteren für die Liqueur-Bereitung als noch steuerpflichtig, sowie die bisherige engere Controlle für Brantweinbrenner und Liqueurfabrikanten beibehalten, dagegen hinsichtlich des zu anderen Zwecken als Branntwein oder Liqueurfabrikation bestimmten Destillirgeräths schon damals verordnet, daß es aufhöre, steuerpflichtig zu sein und unter der bisherigen engeren Controlle zu stehen. Diese engere Controlle sei nun für die Liqueurfabrikanten gleichzeitig mit der Aufhebung des Blasenzinses durch die Cabinetsordre vom 14. Dezember 1833 ausdrücklich außer Anwendung gesetzt und hätte bei dem Wegfall der Steuer als zwecklos schon von selbst aufhören müssen. Der Besitzer nicht steuerpflichtigen Destillirgeräthes brauche aber die für steuerpflichtiges Geräth gegebenen Vorschriften nicht zu beobachten, daher die Strafbestimmung des §. 66 der Steuerordnung hier unanwendbar und, wenn früher anwendbar, jetzt durch die Cabinetsordre jedenfalls aufgehoben sei. Zwar meine Cassationskläger, daß die Aufsicht über die Destillirgeräthe nicht aufgehoben, wenigstens die allgemeine Aufsicht durch die Bekanntmachung vom 23. Dezember 1833 beibehalten und auch nothwendig sei. Ließe sich zwischen allgemeiner und spezieller Aufsicht unterscheiden, so sei doch gewiß, daß die im §. 16 der Steuerordnung bestimmte und im §. 9 des Regulativs vom 1. Dezember 1820 für Liqueur-Fabrikanten noch beibehaltene specielle Aufsicht oder engere Controlle durch die Cabinetsordre mit Aufhebung

Digitized by Google

des Blasenzinses aufgehoben worden sei, indem es darin heiße: daß die im §. 9 des Regulativs hierüber d. h. in Beziehung auf die Liqueur-Bereitung überhaupt enthaltene Vorschrift nicht weiter anzuwenden sei. Beziehe sich nun aber der §. 66 der Steuer-Ordnung nur auf die im §. 16 angeordnete specielle Controlle, so habe derselbe mit Aufhebung dieser Controlle, seiner Grundlage, seine Anwendbarkeit verloren. Habe das Finanzministerium eine fernere allgemeine Aufsicht für erforderlich gehalten, so falle diese administrative Maaßregel wenigstens nicht unter das Strafgesetz.

Uebrigens würde auch der erste Richter den Beschuldigten freigesprochen haben, wenn er die Aussagen der späteren Experten gekannt hätte, indem er ihn nur verurtheilte, weil der Apparat nach Angabe des Zeugen Braun auch zum Brennen tauglich sei. Sei er hierzu tauglich, so möge die steueramtliche Aufsicht fortdauern, weil er dann zu den Brenngeräthen gehöre, von denen die Cabinets-Ordre nicht spreche. Ob er aber ein Brenngeräth sei, sei eine faktische, in casu verneinte Frage und die Zeugen hätten sogar bekundet, daß Cassationsverklagter gar kein Maischgeräth besitze.

Es werde daher auf Verwerfung des Rekurses angetragen.

Urtheil:

J. E., daß die Allerhöchste Cabinetsordre vom 14. Dezember 1833 den in dem ersten Theil des §. 9 des interimistischen Regulativs vom 1. Dezember 1820 für die Liqueur-Fabrikanten annoch beibehaltenen Blasenzins aufgehoben hat;

Daß damit die sogenannte engere Controlle der Steuerbehörde über die Destillirgeräthe der Liqueur-Fabrikanten, wie sie im §. 14 des Steuergesetzes vom 8. Februar 1819 und in den §§. 15, 21 seq. der Steuerordnung von demselben Tage vorgeschrieben ist, als zwecklos von selbst fortgefallen ist;

Daß aber Destillirgeräthe überhaupt der allgemeinen Aufsicht der Steuerbehörde unterworfen sind, weil nach §. 6 des Steuergesetzes vom 8. Februar 1819 die gesetzliche Vermuthung für ihre Benutzung zum steuerpflichtigen Branntwein-Brennen spricht, diese Geräthe, wenn auch nicht augenblicklich dazu geeignet, doch durch Veränderung oder Erweiterung zum steuerpflichtigen Branntwein-Brennen mißbraucht werden können und aus diesem Grunde der §. 16 der Steuerordnung ganz allgemein jedem Inhaber eines eingerichteten Destillirgeräthes die Verpflichtung auferlegt hat, von dessen Haltung und Aufstellung der Steuerbehörde Anzeige zu machen;

Daß die Kabinetsordre vom 14. Dezember 1833 diese allgemeine steueramtliche Aufsicht keinesweges aufgehoben hat, da sie ihrer nicht einmal erwähnt, und um so gewisser nicht hat aufheben wollen, als nach dem zweiten Theil des §. 9 des Regulativs vom 1. Dezember 1820 die zu anderen Zwecken als zur Liqueur-Fabrikation bestimmten Destillirgeräthe zur Verhütung etwaigen Mißbrauchs der allgemeinen Aufsicht der Steuerbehörde ausdrücklich unterworfen worden sind, kein Grund aber zu der Annahme berechtigt, daß die Kabinetsordre die Destillirgeräthe der Liqueur-Fabrikanten habe günstiger stellen und von aller Aufsicht entbinden wollen;

Digitized by Google

Daß übrigens der §. 66 der Steuerordnung in Folge seiner Verweisung auf den von Destillirgeräthen sprechenden §. 16 auch auf Destillirgeräthe zu beziehen ist;

Daß daher der Cassationsverklagte, wenn auch sein Destillirapparat nach der thatsächlichen Feststellung des angegriffenen Urtheils nur zur Liqueur-Bereitung und nicht zur Branntwein-Fabrikation aus Maische geeignet ist, nichts desto weniger dessen Haltung und Aufstellung der Steuerbehörde anzeigen mußte, somit aber das angegriffene Urtheil die gedachte Kabinetsordre unrichtig angewendet und die §§. 16 und 66 der Steuer-Ordnung vom 8. Februar 1819 verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer zu Düsseldorf vom 10. September v. J. u. s. w.

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

Verwirft er die Opposition des Beschuldigten gegen das Contumacial-Urtheil der Correctionell-Appellationskammer zu Düsseldorf vom 18. Juni v. J. als unbegründet u. s. w.

Sitzung vom 15. Januar 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokat: H. Reusche.

Weidfrevel. — Ruralgesetz.

Wer Vieh in Privatwaldungen weiden läßt, wird nach Art. 38 des Feldpolizeigesetzes, nicht nach Art. 475 Nro. 10 des St. G. B. bestraft.

Oeffentl. Ministerium — Helmen.

Durch Urtheil des Forstpolizeigerichts zu Aachen vom 7. Dezember 1849 wurde Mathias Helmen, 36 Jahre alt, Schäfer der Gemeinde Bauren und daselbst wohnend, für überführt erklärt am 7. Februar und 3. März 1849 im Gemeindewalde von Brenne, Distrikt Reiferkehr, mit 300 Schaafen in einer 3jährigen Eichenschonung gehütet zu haben, und auf den Grund des Art. 475 Nro. 10 des Str. G. B. zu einer Geldstrafe von 2 Thlr. 20 Gr. event. zu 3tägigem Gefängniß so wie in die Kosten verurtheilt. Die Verhandlung wegen des zu 3 Sgr. per Stück taxirten Schadens wurde wegen bestrittenen Eigenthums zum Civilwege verwiesen und es kommt dieser Theil des Ausspruchs hier nicht weiter in Betracht.

Das öffentl. Ministerium hat den Cassationsrekurs rechtzeitig angemeldet und sucht auszuführen, daß nicht der Art. 475 Nro. 10 des Str. G. B., sondern der Art. 38 des Ruralgesetzes hätte zur Anwendung kommen müssen, weil dieser allein von der wirklichen Ausübung der Weide und dadurch hervorgebrachter Verwüstung von Schlagholz handle. Die Verweisung wegen des Schadenersatzes zum Civilverfahren habe nicht hindern können, nach Art. 24 oder 38 des Ruralgesetzes die Geldstrafe allein eintreten zu lassen. Eine Appellation stehe nach Art. 172 der Str. P. O., obgleich das Urtheil als in erster Instanz gesprochen qualifizirt worden sei, dem öffentlichen Ministerium nicht zu.

Digitized by Google

In der für den Cassationsverklagten eingereichten Vertheidigungsschrift wird behauptet, daß bei dem Nachweise der obschon verspätet angestellten Civilklage das Strafverfahren gar nicht hätte fortgesetzt werden sollen. Wenn dieserhalb bei der Geringfügigkeit des Gegenstandes kein Rekurs eingelegt sei, so könne es doch angeführt werden, um dem Rekurse des öffentl. Ministeriums entgegenzutreten, der §. 3 des Gesetzes vom 31. Januar 1845 habe das Anerkenntniß und den Nachweis der angestellten Klage ganz auf eine Linie gestellt, wie unbezweifelt das erste müsse auch letzterer noch im Termine nachgewiesen werden können. Uebrigens sei aber von dem Forstgericht auch das richtige Gesetz angewendet worden, denn der Art. 38 des Ruralgesetzes spreche von Verwüstungen, von diesen sei in casu gar nicht die Rede, und nur wegen des Weidenlassens protocollirt worden. Der Antrag wird auf Verwerfung des Rekurs gerichtet.

Urtheil:

In E., daß das Str. G. B. die Forstpolizei nicht regelt, mithin auch das Gesetz vom 28. September — 6. Oktober 1791 nicht außer Kraft gesetzt hat (Art. 484.)

In E., daß die Aufnahme einzelner Polizeivorschriften in das allgemeine Str. G. B. an diesem Verhältniß nichts ändert, vielmehr die fortdauernde Gültigkeit der früheren Forstpolizeigesetze, in soweit sie nicht durch das neuere modifizirt worden, ausdrücklich anerkannt ist (Staatsrathsgutachten vom 18. Februar 1812.)

In E., daß der Art. 475 Nro. 10 auf den vorliegenden Fall um deßwillen keine Anwendung finden kann, weil ein Unterschied besteht, ob Vieh über fremde Grundstücke gehe resp. getrieben werde, oder ob es auf denselben weide (passage und paturage.)

Daß mithin das angegriffene Urtheil dies Gesetz falsch angewendet hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Aachen vom 7. Dezember 1849 u. s. w.

In E., daß übrigens die Sache nicht in der Lage ist, definitiv entschieden zu werden, verweist derselbe die Verhandlung vor das Forstpolizeigericht zu Zell.

Sitzung vom 12. Februar 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen — H. G. P. Jaehnigen.

Advokat: Reusche. (Vertr. von Dorn.)

Jagdfrevel. — Erlaubniß des Eigenthümers. — Bekanntmachung des Bürgermeisters.

Die Grundeigenthümer sind in Folge des Gesetzes vom 31. Oktober 1848 nicht befugt, ohne Rücksicht auf gültig abgeschlossene Jagdpachtverträge, auf ihren Grundstücken zu jagen, oder Andern dazu die Erlaubniß zu ertheilen.

Digitized by Google

Weder eine solche Erlaubniß, noch eine ungerechtfertigte Bekanntmachung der Verwaltungsbehörde kann die Anwendung des Strafgesetzes wegen Jagdfrevel hindern.

Gesetz vom 31. Oktober 1848.

Oeffentl. Ministerium — Cremer.

Wilhelm Cremer, 30 Jahre alt, ohne Gewerbe, geboren und wohnhaft zu Zons war beschuldigt, am 22. Juli 1849 im Zonser Felde unerlaubter Weise die Jagd ausgeübt zu haben, Vor das Polizeigericht in Dormagen geladen, stellte er die Beschuldigung in Abrede und behauptete, nur ein gehörig verbundenes Gewehr auf der Schulter getragen zu haben. Das Polizeigericht sprach ihn durch Urtheil vom 3. August 1849 frei, indem es den Thatbestand einer Jagdcontravention nicht für hinlänglich begründet erklärte. Das öffentl. Ministerium ergriff die Berufung, welche die Correctionellkammer des Landgerichts zu Düsseldorf unterm 29. Oktober 1849 aus folgenden Gründen verwarf:

J. E., daß der Bürgermeister Schneider bekundet, am 12. November v. J. eine Bekanntmachung erlassen zu haben, wonach den Eigenthümern von Grundstücken das Recht zustehe, auf ihren Grundstücken zu jagen;

Daß Beschuldigter nach dieser Zeit die Jagd ausgeübt hat, und nach seiner Erklärung gestützt auf diese Bekanntmachung;

Daß er auch eine Bescheinigung darüber beigebracht hat, daß der Eigenthümer des fraglichen Grundstücks, Namens Drusch, ihm die desfallsige Erlaubniß ertheilt hat;

Daß daher anzunehmen, daß Beschuldigter in gutem Glauben seines Rechts und nicht mala fide gejagt hat u. s. w.

Der Cassationsrecurs wurde rechtzeitig ergriffen und notifizirt. Zur Begründung desselben wurde folgendes ausgeführt:

Die in dem angegriffenen Urtheile ausgeführte Ansicht, daß der Beschuldigte in gutem Glauben seines Rechts und nicht mala fide gejagt habe, wird vorzugsweise auf die Bekanntmachung des Bürgermeisters zu Zons vom 11. November 1840 gestützt. Diese Bekanntmachung wiederholt jedoch lediglich das dem Gesetze vom 31. Oktober 1848 zu Grunde liegende Prinzip, und wenn dies auch nicht der Fall wäre, so würde eine Privatansicht des Bürgermeisters Niemanden von der Befolgung der Gesetze befreien und folgeweise auch nicht vor der Strafe der Gesetzübertretung schützen können, zudem ist der durch jene Bekanntmachung bei dem Beschuldigten Cremer veranlaßte Rechtsirrthum, als wenn in Folge des Gesetzes vom 31. Oktober pr. die Grundeigenthümer ohne Rücksicht auf die abgeschlossenen Jagdpachtverträge zur Ausübung der Jagd auf ihren Grundstücken befugt seien, grade derselbe, in welchem sich die von dem Cassationshofe in der neusten Zeit verurtheilten Jagdkontravenienten befunden haben. Ob derselbe durch eine Bekanntmachung des Bürgermeisters oder durch das Gesetz selbst hervorgerufen worden ist, kann einen wesentlichen Unterschied nicht begründen. Ganz unerheblich für die Beurtheilung des vorliegenden Falles ist es aber, daß dem Beschuldigten von dem Eigenthümer des Grundstücks die Erlaubniß zum jagen ertheilt worden ist, da dieser wegen der Fortdauer des Jagdpachtvertrags zur Ausübung der Jagd selbst nicht befugt war. Indem der

Digitized by Google

Appellationsrichter also den Beschuldigten Cremer, obgleich er das Thatsächliche der Contravention annahm, für straflos hielt, hat derselbe das Gesetz vom 31. Oktober pr. falsch interpretirt und angewendet.

Urtheil:

J. E., daß geltende Strafgesetze weder durch eine mit ihrem Inhalt in Widerspruch stehende Privaterlaubniß noch durch ungerechtfertigte Bekanntmachungen der Verwaltungsbehörden entkräftet, und in ihrer Anwendung gehemmt werden können, daß daher das angegriffene Urtheil, indem es das Gegentheil annahm, diesen allgemeinen Grundsatz und beziehungsweise das anzuwendende Gesetz selbst verletzt hat, daß im übrigen die Sache nicht in der Lage ist definitiv entschieden zu werden.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Zuchtpolizeikammer des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 29. Oktober 1849 u. s. w. Verweist die Sache an die Zuchtpolizeikammer des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld.

Sitzung vom 12. Februar 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen. H. G. P. Zachariä.

Munizipalbehörden. — Verordnungen. — Bestätigung der Administrativbehörden. — Nachtwache.

Verordnungen, welche die Munizipalbehörden in Gemäßheit des Art. 46 des Dekrets vom 19.—22. Juli 1791 über die in dem Art. 3 Tit. XI. des Dekrets vom 16.—24. August 1790 *) genannten Gegenstände erlassen, bedürfen nicht der Bestätigung der obern Administrativbehörden.

Zu diesen Verordnungen gehört auch die über eine von den Bürgern nach bestimmter Ordnung abzuhaltende Nachtwache. **)

Oeffentl. Ministerium — Schöfling u. Cons.

Durch ein, von der Landräthlichen Behörde genehmigtes Reglement des Bürgermeisters von Sobernheim vom 10. Dezember 1842 ist verordnet worden, daß alle volljährige, in der Stadt wohnende Bürger bis zum 60. Lebensjahre, nach einem bestimmten Turnus, während bestimmter Stunden und in einer bestimmten Art und Weise den Nachtwachdienst persönlich wahrnehmen sollen.

Schöfling und vier andere Einwohner Sobernheims wurden unter der Beschuldigung, in der Nacht vom 18—19. April 1850 ihre desfallsige

*) Rudler'sche Sammlung Bd. V. H. 9. S. 66.

**) Vergl. über diesen Gegenstand für das Großherzogthum Berg Arch. 45. 2. S. 52 u. 34.

Digitized by Google

Obliegenheit vernachlässigt zu haben, vor das Polizeigericht gestellt, jedoch durch Urtheil vom 31. Mai ej. aus dem Grunde freigesprochen, weil nach den bestehenden Gesetzen zwar den Bezirks-Regierungen, nicht aber dem Landrathe, das Recht zustehe, in gewissen Fällen die von den Lokal-Polizeibehörden erlassenen Verordnungen zu genehmigen und diesen dadurch bindende Gesetzeskraft beizulegen.

Der gegen dieses Urtheil Seitens des Oeffentl. Ministeriums eingelegte Cassationsrekurs wurde angenommen, und das gedachte Urtheil des Polizeigerichts cassirt durch folgendes

Urtheil:

In E., daß den Munizipalbehörden durch Art. 3 Tit. XI Dekret vom 16.—24. August 1790 die Pflicht der Sorge für die öffentliche Sicherheit und Ruhe und für die Abwendung von Feuersbrünsten auferlegt und nach Art. 46 Dekret vom 19.—22. Juli 1791 ihre innerhalb dieses Kreises ihrer Geschäfte erlassenen Verordnungen verbindlich sind;

Daß dieselben keiner Bestätigung der Administrativbehörden bedürfen, vielmehr nur diesen die Reprobation vorbehalten ist;

Daß der Bürgermeister zu Sobernheim, indem er eine von den Bürgern nach bestimmter Ordnung abzuhaltende Nachtwache vorschrieb, innerhalb der ihm durch jene Gesetze verliehenen Befugnisse handelte, und mithin das Polizeigericht zu Sobernheim, indem es der Verordnung aus dem Grunde die Rechtsverbindlichkeit absprach, weil sie nur von dem Kgl. Landrathe, nicht von der Kgl. Regierung bestätigt sei, die erwähnten Gesetze und das Reglement verletzte u. s. w.

Aus diesen Gründen

vernichtet u. s. w.

Sitzung vom 18. Juni 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. Concl. H. G. P. Jaehnigen.

Besitz. — Ruhiger Besitz. — Servitus discontinua. — Weiderecht. — Besitzstörungsklage.

Der Besitz verliert in rechtlicher Bedeutung nicht schon durch wiederholt verübte Eingriffe an sich, sondern durch die aus ihnen gezogene Folgerung eines Rechts die Eigenschaft eines ruhigen Besitzes.

Wenn der Besitzer eines Grundstücks gegen denjenigen welcher unter der Behauptung einer Weideberechtigung Vieh auf dasselbe auftreibt, die Klage wegen Besitzstörung erhebt, so steht dieser Klage die Einrede nicht entgegen: daß bereits seit länger als einem Jahr vor der angeblichen Störung das Vieh aufgetrieben worden sei und deshalb der Kläger nicht im ruhigen Besitze sich befinde.

Art. 23 der B. P. O. Art. 2228, 2232, 691 des B. G. B.

Digitized by Google

Coninx — Loehr.

Der Notar Coninx zu Düsseldorf hat im Jahre 1846 bei öffentlicher Versteigerung des ehemaligen Stommelererbwaldes drei in demselben gelegene Buschparzellen gekauft. Der Kuhhirte Caspar Loehr zu Stommeln hatte auf diese Parzellen im Jahre 1847 eine Heerde Hornvieh getrieben, um sie dort weiden zu lassen, und Ersterer hat deshalb gegen Letzteren bei dem betreffenden Friedensgerichte zu Köln possessorisch geklagt, den Schutz im ruhigen Besitze, Verbot jeder Störung und Schadenersatz von 10 Thlr. nebst Zinsen, sowie Verurtheilung des Verklagten in die Kosten beantragt.

Auf Anstehen des Verklagten wurde die Beiladung der Gemeinde Stommeln gestattet, und dann vom Friedensgericht Nummer IV in contumaciam nach dem klägerischen Antrage erkannt.

Der Verklagte legte die Berufung ein, mit wiederholter Beiladung der Gemeinde, indem er behauptete, daß er als Kuhhirt derselben sowohl im letzten Jahre, als in den früheren Jahren vor angestellter Klage, die fraglichen Parzellen fortwährend mit dem Vieh beweidet habe, mithin der Besitz des Klägers kein ruhiger gewesen sei. Kläger replicirte zwar, daß, da sein Eigenthumsbesitz ihm nicht bestritten werde, der possessorischen Klage ein angebliches Weiderecht, also eine Servitus discontinua, nicht als Einrede entgegengesetzt werden könne. Das Landgericht war indessen der Meinung, daß der Kläger vor Allem einen ungestörten Jahresbesitz nachweisen müsse, daß es bei der Besitzstörung auf den Grund und die Absicht nicht ankomme, und wenn die Handlungen des Verklagten auch nicht geeignet wären, seinen Besitzstand darzuthun, sie doch immer eine Störung des klägerischen Besitzes darstellen würden. Es ließ durch Urtheil vom 8. September 1848 den Kläger zum Beweise darüber zu:

> daß vor der in der Klage gedachten Störung vom 8. Juni 1847, während eines Jahres und noch länger, er, Kläger, und seine Rechtsvorgänger, die sogenannten Beerbten des Stommelererbwaldes, die streitigen Parzellen als Theile desselben ausschließlich besessen, daß insbesondere die Rechtsvorgänger des Klägers bis zu der durch Notar ZurHoven am 27., 28. und 29. Oktober 1846 Statt gehabten öffentlichen Versteigerung ausschließlich alljährlich und periodisch das schlagbare Holz öffentlich verkauft, und theils unter sich vertheilt, und daß die in dem Theilungsprozesse über gedachten Wald ernannten Experten zum Zwecke der Eintheilung in Parzellen für den öffentlichen Verkauf die nöthigen Wege durch Weghauen des Holzes gebildet, daß Kläger diesen Besitz bis zum 8. Juni 1847 fortgesetzt und insbesondere auch auf den quaestionirten Parzellen Holz gefällt und ausgerottet, daß an diesem Tage Loehr ihn dadurch im Besitze gestört, daß derselbe eine Heerde Kühe auf die quaestionirten Parzellen getrieben und darauf habe weiden lassen.

Der Verklagte wurde durch das nämliche Urtheil zu dem Beweise darüber zugelassen:

> „daß er noch im letzten Jahre vor der angeblichen Störung, sowie auch früherhin fortwährend das Vieh in den Stommeler Wald, und zwar ohne Unterschied des Terrains, getrieben habe."

Digitized by Google

Der Kläger trat den ihm auferlegten Beweis an, und erklärte den des Verklagten, welcher unerheblich sei, als erbracht gelten lassen zu wollen. — Das Landgericht erkannte hierauf unterm 21. März 1849 wie folgt:

J. E., daß Kläger als Bedingung der Zulässigkeit seiner Besitzstörungsklage vor Allem den ihm bestrittenen ruhigen und ungestörten Annalbesitz vor der behaupteten Störung nachzuweisen hatte;

Daß Kläger aber selbst zugiebt, daß die Handlung des Appellaten, wodurch er gegenwärtig im Besitze gestört sein will, nicht nur in dem Jahre vor der jetzt behaupteten Störung, sondern auch früher fortwährend von Seiten der Gemeinde Stommeln Statt gefunden, er und seine Rechtsvorgänger also nie und nimmer im ruhigen und ungestörten Besitze der fraglichen Busch-Parzellen gewesen sind:

Aus diesen Gründen

nimmt das Kgl. Landgericht die Berufung gegen das Urtheil des Kgl. Friedensgerichtes Numero IV zu Köln vom 8. Juli 1847 als begründet an, und weiset unter Reformation dieses Urtheils die angehobene Klage ab, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen, einschließlich der Kosten der Adcitation ꝛc.

Gegen beide Urtheile wurde der Cassationsrecurs gerichtet und eine Verletzung der Art. 23, 24 und 34 der B. P. O., sowie der Art. 688, 689, 691, 2228 und 2232 des B. G. B. behauptet.

Sein und seiner Vorgänger Eigenthumsbesitz — sagt Cassationskläger — sei niemals bestritten; der Verklagte beschränke sich auf die Behauptung früherer, durch ihn verübter Störungen gleicher Art; diese aber würden den Eigenthumsbesitz nicht aufheben, sondern nur in so fern beschränken können, als sie den Besitz eines Weiderechtes zu begründen vermöchten. Der Beweis des Eigenthumsbesitzes verletze die Art. 24 und 34 offenbar, da nur über *streitige* Thatsachen ein Beweis aufgenommen werden solle. Der Beweis früherer Störungen sei ganz unerheblich. Die im Interlokute und Endurtheile ausgesprochene Ansicht des Landgerichtes, nach welcher derselbe erheblich sein solle, verstoße gegen das Gesetz nach beiden Seiten hin; denn sie versage dem Eigenthumsbesitze den gesetzlichen Schutz und lege den besitzstörenden Handlungen eine rechtliche Wirkung bei, welche sie auch noch so lange fortgesetzt, nicht hervorbringen könnten. Cassationskläger habe sogar die rechtskräftigen Urtheile vorgelegt, durch welche das ausschließliche Eigenthumsrecht seiner Vorbesitzer, gerade der Gemeinde Stommeln gegenüber festgestellt sei; diese könne daher, da Lochr kein eigenes Recht behaupte, jetzt nur noch eine Dienstbarkeit in Anspruch nehmen, welche discontinua et non apparens sein würde und daher nach den Art. 688, 689 und 691 nicht durch Verjährung erworben werden könne. Gestatte der Eigenthümer Handlungen, die ihrer äußeren Erscheinung nach Ausfluß einer discontinuirlichen Servitut sein könnten, noch so oft, so stehe der Art. 2232 des B. G. B. ihrer rechtlichen Wirkung und der Art. 23 der B. P. O. ihrer Beachtung im possessorischen Streite entgegen. Wie die Gemeinde, mit einer Besitz*klage* ihrerseits auftretend, hätte abgewiesen werden müssen, so müsse die Thatsache, auch als Einrede vorgebracht, irrelevant sein; sie werde in dieser Form nur vorgebracht, weil Kläger es verschmähet habe, sich selbst zu schützen. Das Landgericht verkenne gänzlich die Natur des possessorischen Rechtsstreites, in welchem jede Partei gewissermaßen als

Digitized by Google

Kläger und Verklagter zugleich betrachtet und festgestellt werde, welche einen possessorisch zu schützenden Besitz für sich habe; das Resultat könne kein negatives, nicht das sein, daß keine besitze. Eine Abweisung des Klägers sei da ganz unmöglich, wo ein Besitz des Verklagten rechtlich gar nicht gedacht werden kann. Der Richter habe aber in der That dem Verklagten den Besitz einer discontinuirlichen Servitut gegeben, den Verklagten besitzlos gemacht; denn dieser habe, insoweit er abgewiesen worden, aufgehört, Besitzer zu sein, und wenn der Cassationsverklagte oder die Gemeinde nicht an seine Stelle träten, so würde ein Besitzer überhaupt nicht vorhanden sein.

Der Cassationsverklagte erwidert:

Der Cassationskläger suche die Sache so darzustellen, als ob Verklagter excipiendo oder gar reconveniendo den Besitz einer Servitut geltend gemacht habe, diese aber eine discontinuirliche sei und mithin der possessorische Schutz in Ermangelung eines Titels weder agendo noch excipiendo erlangt werden könne. Verklagter habe aber nur den ruhigen Annalbesitz durch Hinstellung der nackten Thatsache bestritten, daß troubles, wie die der Klage zum Grunde gelegten, in dem für den Annalbesitz entscheidenden Jahre Statt gefunden hätten; es frage sich daher nur, ob die störende Handlung, damit sie einen trouble im Sinne des Gesetzes darstelle, nothwendig eine solche sein müsse, die nach Jahr und Tag den Besitz auf den Handelnden überträgt. Schwerlich werde man diese Frage im Sinne des Cassationsklägers beantworten wollen. Das Gesetz sage nicht was possession paisible sei. Der Cassationskläger verwechsele bei seiner Deduction offenbar zwei Dinge; er nehme den Ausdruck possession paisible als gleichbedeutend mit possession non interrompue. — Wäre er ganz depossedirt, so bezweifele er nicht, daß sein Besitz aufgehört habe, ein ruhiger zu sein; wäre er theilweise depossedirt, insoweit der Cassationsverklagte sich in den Besitz einer durch possessorische Klage zu schützenden Servitut gesetzt hätte, so gebe er ebenfalls zu, daß diesem gegenüber der Besitz kein ungestörter gewesen sein würde; aber da das Gesetz neben der possession non interrompue auch eine possession paisible verlange, so müsse nothwendig unter letzterem Ausdruck etwas anderes, von ersterem verschiedenes zu verstehen sein. Garnier traité des actions possessoires stelle beispielsweise eine ganze Reihe von Thatsachen hin, die den Besitzer nicht depossediren, nicht alle von der Art, daß sie nach Verlauf eines Zeitraumes den Störenden zur Complainte berechtigen, durch die doch der ruhige Besitz aufhört, und präcisire dies, indem er sage:

> il faut remarquer que le trouble de fait proprement dit ne consiste pas dans la depossession, mais dans une entrave, une simple gêne apportées à la jouissance.

Dasselbe drücke Troplong de la prescription Nummer 350 aus. Was aber eine solche entrave, gêne de jouissance in dem Maaße sei, daß sie wirklich als trouble betrachtet werden könne, das hänge wesentlich von den Umständen ab; man werde daher nicht in der Cassations-Instanz darüber Beschwerde führen können, daß irgend einer bestimmten Handlung die Wirkung einer Störung im Besitze beigelegt worden sei. Die Supposition, daß die Abweisung des Klägers einen Besitz auf Seiten des Verklagten voraussetze, sei ganz willkürlich; denn für diesen genüge es, den ruhigen Besitz des Klägers zu bestreiten; das Resultat eines

Digitized by Google

possessorischen Streites könne sehr wohl ein negatives sein. Verklagter habe in der That nur stets negative contestirt; dem Kläger liege der Beweis der possession paisible ob. Der Beweis des Verklagten sei nur der Gegenbeweis gegen eine Vermuthung, die dem Kläger zu statten komme, nicht Beweis einer selbstständig aufgestellten Behauptung. Eine Handlung könne unter Umständen den ruhigen Besitz des Anderen stören und zugleich sich als Ausübung einer Servitut charakterisiren, letzteres aber brauche nicht nothwendig der Fall zu sein. Garnier sage ausdrücklich:

le fait, qui est insuffisant de constituer une possession, peut cependant être un trouble.

Jeder Eingriff stelle einen trouble dar, sonst würde gegen nicht qualificirte Störungen die possessorische Klage überhaupt nicht benutzt werden können, der Besitzer dann der Schadensklage beraubt sein, ihm nur die Delictsklage bleiben, wenn gerade die Handlung als Delict sich darstellt. Eine solche Beschränkung aber könne nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Komme es bei der possessorischen Klage auf den Grund und die Absicht nicht an, wie das Landgericht richtig annehme, dann könne von einer Verletzung oder falschen Anwendung der im Cassationsgesuche bezogenen Gesetze gar die Rede nicht sein.

Der Antrag des Cassationsklägers ist auf Cassation, in der Sache selbst auf Verwerfung der Berufung des Gegners mit den Kosten gerichtet.

Der Cassationsverklagte trägt auf Verwerfung des Cassationsrekurses als ungegründet und subsidiarisch auf Zurückverweisung der weiteren Verhandlungen an eine andere Kammer des Landgerichtes an, weil das angegriffene Urtheil sich nicht darüber ausspreche, ob der ausdrücklich bestrittene ruhige Annalbesitz resp. der Annalbesitz überhaupt dargethan sei.

Urtheil:

J. E., daß in Betreff der fraglichen drei Waldparzellen der Eigenthumsbesitz des Cassationsklägers thatsächlich feststeht, daraus sein Recht zur Abwehr von Eingriffen folgt und das Beweiden eines Grundstücks mit Hornviehheerden einen Eingriff in fremden Besitz insofern darstellt, als der Handelnde ein für ihn oder seine Machtgeber bestehendes Recht nicht behauptet;

J. E., daß es dem possessorisch belangten Besitzstörer zwar freisteht, über seine Absicht, und den Beweggrund zur That zu schweigen, den Einwand feci sed jure feci gar nicht zu machen, daß aber alsdann schon aus dem Geständniß der That die Verpflichtung zum Schadensersatz folgt und der richterliche Schutz gegen den ungerechtfertigten Eingriff gewährt werden muß;

J. E., daß der Art. 23 der B. P. O. zwar die Besitzklage nur demjenigen gestattet, welcher sich seit mindestens einem Jahre vor dem Eingriff im ruhigen Besitze befand, daß das Gesetz (Art. 2229 des B. G. B.) allerdings auch zwischen possession non interrompue und possession paisible unterscheidet und unterscheiden muß, weil nicht jede Störung zugleich und nothwendigerweise auch den Besitz unterbricht;

J. E., daß aber der Ausdruck possession paisible einen anderen Sinn hat in der Sprache des gemeinen Lebens, einen anderen in der Sprache des Rechts, und in rechtlicher Bedeutung der Besitz nicht schon durch wiederholt verübte Eingriffe an sich, sondern durch die aus ihnen gezogene Folgerung eines Rechts die Eigenschaft eines ruhigen Besitzes verliert;

J. E., daß aus demselben Grunde die Behauptung, man habe den

Digitized by Google

Besitz schon früher beunruhigt oder gestört, nur dann erheblich sein kann, wenn nach erfolgtem Beweise eine rechtliche Folgerung aus ihr zu ziehen sein würde, der Nachweis einer Mehrzahl von Eingriffen dagegen die Natur derselben nicht ändern, weder dem Beschädigten ein Recht für die Zukunft geben, noch dem Beschädigten den Anspruch auf richterlichen Schutz und Handhabung in seinem Eigenthumsbesitz entziehen kann;

J. E., daß sonach das Landgericht zu Köln, indem es dem Kläger diesen Rechtsschutz versagte, ihn mit seiner Entschädigungsforderung abwies, den ungerechtfertigten Eingriff durch frühere ebenso ungerechtfertigte Eingriffe für gedeckt erklärte, und den unbestrittenen Eigenthumsbesitz, dem Besitzstörer, welcher keinen Rechtsanspruch auszuführen versucht, gegenüber, in die Kosten verurtheilte, sowohl durch sein interlocutorisches, als durch sein Definitiv-Urtheil, die von dem Cassationskläger bezogenen Gesetze, insbesondere die Art. 23 und folgende der B. P. O. verletzt hat:

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Urtheile der Ferien-Kammer des Landgerichts zu Köln vom 8. September 1848 und der II. Civilkammer desselben Landgerichtes vom 21. März 1849, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten und legt dem Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last, die Rückgabe der Succumbenzgelder verordnend;

Und indem er, an die Stelle des Landgerichtes tretend, in der Sache selbst erkennt, verwirft er aus denselben Gründen und in Erwägung, daß die Sache spruchreif, der Besitz resp. der Annalbesitz an sich in den Instanzen nicht bestritten, vielmehr die Einrede ausdrücklich darauf, daß derselbe kein ruhiger gewesen sei, beschränkt worden ist, mithin auch der jetzige Subsidarantrag nicht begründet erscheint, die Berufung des Verklagten von dem Urtheile des Friedensgerichtes Nro. IV zu Köln vom 8. Juli 1847 und verurtheilt den Appellaten in sämmtliche Kosten.

Sitzung vom 24. September 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokaten: Reusche — Dorn.

Beleidigung. — Verwundung. — Verzicht. — Rathskammerbeschluß. — Rechtskraft.

Durch einen Rathskammerbeschluß, welcher die Genehmigung eines Verzichts des Beleidigten auf die Bestrafung des Beleidigers versagt, wird nicht definitiv über die Wirksamkeit des Verzichts entschieden, und derselbe geht nicht in Rechtskraft über, vielmehr steht die Prüfung und Entscheidung über den Verzicht noch dem Gerichte in öffentlicher Sitzung zu.

Damit der Verzicht wirksam sei, muß eine Beleidigung vorliegen, mithin die Absicht der Ehrenkränkung festgestellt

Digitized by Google

sein. Bei einer Verwundung durch einen Schuß ist eine solche nicht anzunehmen. Cab. Ord. v. 20. Dec. 1834. Min. Resc. v. 15. Mai 1835.

Oeffentl. Ministerium — Krischala.

Zufolge der Anzeige des Ackerers Peter Joseph Holschbach war derselbe am 27. Juli 1849 durch den Gräflich von Hatzfeldt'schen Förster Maximilian Krischala, verwundet, und zwar trug er den Hergang auch in seiner später wiederholt eidlich abgegebenen Zeugenaussage folgendergestalt vor:

Der Angeklagte habe ihm aus einiger Entfernung zugerufen, daß er ihm Holz zum Schutz seines Meilers anweisen wolle, und seien demnächst Beide, der Angeklagte oben im Walde, er, der späterhin Verletzte, unten im Wege, stets in einer Entfernung von 50 bis 60 Schritten auf den Meiler zugegangen. Unfern desselben habe jener ihn gefragt, wo er das Holz angewiesen haben wolle, und als er darauf einen Ort angedeutet, erwiedert, daß er ihm da kein Holz anweisen könne, da jene Stelle nicht zu seinem Bezirke gehöre. Nunmehr habe er dem Angeklagten zugerufen, weshalb er seinen Sohn falsch angezeigt habe, worauf jener erwiedert, er solle schweigen oder er würde auf ihn schießen. Er habe darauf kaum entgegnet, als es schon gekracht habe und er verwundet gewesen.

Diese Angabe ist von mehrern Zeugen insoweit bestätigt, als sie den Holschbach in den Wald gehn gesehen, darauf einen Schuß gehört hätten und nun von dem 5 bis 6 Minuten nachher zurückkehrenden Holschbach ihnen die Wunde gezeigt und erzählt worden sei, daß er von dem Angeklagten geschossen. Der 21jährige Sohn des Verwundeten bekundet sogar, daß er aus der Entfernung den Angeklagten und den von ihm ausgehenden Schuß gesehen habe.

Nach der eidlichen Deposition des Districtsarztes, der den Verwundeten an demselben Tage und zwei Tage später untersuchte, wurden vier Wunden vorgefunden; zwei am rechten Oberschenkel, von denen die eine so tief war, daß das Schrootkorn, welches auf der andern Seite eingedrungen, auf der hinteren herausgeschnitten werden mußte, — eine am Zeigefinger der rechten Hand, welche mit der zweiten des Oberschenkels in Verbindung zu stehen und nach dem Gutachten des Sachverständigen darzuthun schien, daß der Verletzte die rechte Hand am Schenkel gehalten habe, — und endlich eine am linken Ellenbogengelenk.

Die Wunden beweisen zufolge des Gutachtens, daß der Schuß gerade von vorn und nach den unteren Theilen des Körpers gerichtet war. Die dadurch verursachte Krankheit muß, nach der Meinung des Arztes, den Verwundeten wenigstens sechs Wochen arbeitsunfähig gemacht habe. Er habe ihn zuletzt Ende August gesehen und verbunden, und aus dem Zustande der Wunde geschlossen, daß er seinen Geschäften in ungefähr acht Tagen wieder würde nachgehen können. Der Verletzte selbst gab die Zeit der Heilung der verschiedenen Wunden auf resp. acht, zwölf und zwanzig Tage, die Dauer der Arbeitsunfähigkeit auf wenigstens vier Wochen an.

Da zufolge dieser Anzeige eine Verletzung durch Anwendung der Waffen von einem Forstbeamten im Dienste vorlag, so wurde nach den Vorschriften des Gesetzes vom 31. März 1837 eine Voruntersuchung un-

Digitized by Google

ter Zuziehung des Kreislandrathes vorgenommen, in Folge derselben von der Regierung zu Koblenz auf Einleitung der gerichtlichen Untersuchung angetragen, demnächst aber der Angeklagte durch Beschluß der Rathskammer des Landgerichts daselbst vom 30. Oktober 1849 wegen freiwilliger Verwundung des Holschbach durch Waffenmißbrauch vor die Zuchtpolizeikammer verwiesen. In der öffentlichen Sitzung derselben änderte der Angeklagte, der bisher geschossen zu haben geleugnet hatte, seine Angabe dahin, daß der Holschbach, nachdem er ihn wegen der Anzeige seines Sohnes zur Rede gestellt, mit seinem Beile nach ihm geworfen habe, und daß er dann als derselbe dieses wieder ergreifen wollen, nur um ihn zu schrecken nicht um ihn zu treffen geschossen habe, wobei aber Holschbach in den Schuß gelaufen sein müsse.

Die Correctionell-Kammer erwog indessen, daß durch die eidliche Aussage des Holschbach, in Verbindung mit der der übrigen Zeugen, der Angeklagte der freiwilligen Verwundung überführt sei, daß die von ihm vorgebrachte Einrede der Nothwehr jeglicher Begründung ermangele, da nach der Beschaffenheit der Wunden Holschbach wenigstens fünfzig Schritte von ihm entfernt und in ruhiger Stellung die rechte Hand auf die Art gelehnt, gestanden habe, daß selbst wenn Holschbach ihn in beleidigender Weise wegen strenger Erfüllung seiner Dienstpflicht zur Rede gestellt haben sollte, hierin kein Milderungsgrund liege; daß auch das Gesetz vom 31. März 1837 nicht Anwendung finde, da es nur von dem Gebrauche der Waffen „zum Schutze der Forsten und Jagden, gegen Holz- und Wilddiebe oder Forst- und Jagdcontravenienten" handle, hier aber der Fall des Art. 311 des Str. G. B. vorliege. Sie erklärte den Angeklagten daher der freiwilligen Verwundung durch einen Schrootschuß für überführt und verurtheilte ihn in eine Gefängnißstrafe von 2 Monaten, zu einer Geldbuße von fünf Thlr. event. fernerem achttägigen Gefängniß und in die Kosten.

Gegen dieses am vierten Dezember 1849 erlassene Urtheil meldete der Angeklagte am folgenden Tage die Berufung an. Bevor jedoch über dieselbe verhandelt wurde, überreichte er am 22. Januar 1850 eine Erklärung des Verletzten, wonach derselbe auf seine Bestrafung verzichte. Das öffentl. Ministerium legte diese Verzichtleistung der Rathskammer vor, welche am 25. Januar, in Erwägung, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Handlung nicht den Character einer Beleidigung an sich trage und mithin die Cabinetsordre vom 20. Dezember 1834 darauf nicht Anwendung finde, die Genehmigung des Verzichtes versagte.

Am 7. Februar 1850 fand jedoch die Verhandlung vor der Correctionell-Appellationskammer Statt, welche nunmehr den in der öffentlichen Sitzung wiederholten Verzicht des Verletzten annahm, die Nichtvollstreckung der in erster Instanz erkannten Strafe verordnete, die Kosten jedoch dem Appellanten zur Last legte. Die Erwägungsgründe lauten, wie folgt:

„J. E., daß der verwundete Holschbach in der heutigen Sitzung seinen Verzicht auf die Bestrafung des Appellanten wiederholt und Letzterer sich zur Tragung sämmtlicher Kosten beider Instanzen bereit erklärt hat:"

„Daß nun durch die heutige Verhandlung sich herausgestellt hat, daß die Verwundung lediglich in Folge einer vorhergegangenen Beleidigung des Beschuldigten zugefügt worden; daß dieselbe überdies aber auch zu den schweren nicht zu rechnen ist, da der Verletzte seiner eigenen Er-

Digitized by Google

klärung zu Folge, nur 4 Tage bettlägerig gewesen, dann aber schon seine kleinen häuslichen Arbeiten vornehmen konnte und eine weitere nachtheilige Folge daraus für seine Gesundheit nicht eingetreten ist;"

„Daß unter diesen Umständen die Allerhöchste Cabinetsordre vom 20. Dezember 1834 Anwendung finden muß;"

Gegen dieses Urtheil hat der Kgl. Ober-Procurator am folgenden Tage den Cassationsrekurs angemeldet, denselben dem Angeklagten notificiren lassen und zur Rechtfertigung desselben Folgendes bemerkt:

1. Das Urtheil verletze die Grundsätze der res judicata indem es nachdem die Rathskammer am 25. Januar den Verzicht für unzulässig erklärt habe, am 7. Februar das directe Gegentheil entscheide, ohne auch nur jenes Beschlusses zu erwähnen. Man könne allerdings zweifeln, ob ungeachtet des Justiz-Ministerial-Rescriptes vom 15. Mai 1835 (Lottner B. 5. S. 127.) die Rathskammer zu der erlassenen Entscheidung kompetent gewesen. Allein der Beschluß sei erlassen, bilde ein Erkenntniß, welches der Rechtskraft fähig sei und durch das geeignete Rechtsmittel beseitigt werden müsse. Wenn auch die in der Voruntersuchung erlassenen Rathskammerbeschlüsse nur den Character provisorischer Entscheidungen hätten, welche der Geltendmachung neuer Indicien nicht entgegenständen, so könne man dies doch nicht auf diesen Beschluß anwenden, der die definitive Entscheidung einer Frage enthalte. Wollte man dies thun, so würde auch der Staatsbehörde bei einem den Verzicht genehmigenden Beschlusse, bis zum Ablaufe der Verjährung die Befugniß zustehen, den Beschluß in öffentlicher Sitzung zu erörtern. Wolle man ferner aber auch solchen Beschluß nur als eine provisorische Entscheidung betrachten, so müsse er doch gelten, bis nova in facto vorgebracht wären, was hier nicht geschehen sei.

2. Ein zweites Cassationsmittel bilde die Verletzung der Cabinets-Ordre vom 20. Dezember 1834. Eine Beleidigung durch einen Gewehrschuß sei eine contradictio in adjecto; Schläge und Stöße, nicht aber die Abfeuerung eines Gewehres, könnten eine Ehrenkränkung enthalten. Auch das Allg. Landrecht wenn es der erwähnten Cabinets-Ordre zur Erläuterung dienen könne, unterscheide zwischen Handlungen, welche eine Kränkung oder Beschimpfung enthalten, und zwischen körperlichen Verletzungen, die aus Bosheit, Rache oder Muthwillen zugefügt seien. (§. 583 seq. und 691 seq. Tit. 20. II.) Auch stelle das Urtheil nicht einmal fest, daß eine Beleidigung Statt gefunden habe; es erwäge blos, daß die Verwundung durch den Schuß Folge einer dem Angeklagten zugefügten Beleidigung gewesen, woraus doch keineswegs hervorgehe, daß nun auch der Cassationsverklagte bei dem Schusse eine Ehrenkränkung beabsichtigt habe. Ohne eine Entstellung des Thatsächlichen könne auch der incriminirten Handlung der Character einer Injurie keineswegs beigelegt werden; sie erscheine vielmehr als aus Bosheit oder Rache entsprungen und lediglich in der Absicht zu beschädigen verübt.

Eine Gegenausführung des Cassationsverklagten ist nicht eingegangen.

J. E., auf das erste Cassationsmittel:

Daß nach Art. 14 Tit. 2 des Dekretes über die Organisation der Gerichte vom 16. August 1790 und Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810 Urtheile der Gerichte in Strafsachen bei Strafe der Nichtigkeit in öffentlicher Sitzung erlassen werden müssen;

Daß die Entscheidung darüber, ob die Verzichtleistung eines angeb-

Digitized by Google

lich Beleidigten auf die Bestrafung des Beleidigers statthaft sei und die Bestrafung ausschließe, in die Reihe dieser Urtheile gehört und auch in Beziehung auf solche Entscheidungen die vorstehend angeführten gesetzlichen Bestimmungen durch kein Gesetz aufgehoben sind;

Das zwar durch das Justiz-Ministerial-Rescript vom 15. Mai 1835 (Lottner S. Bd. 5 S. 127.) vorgeschrieben ist, daß über Verzichtleistungen wenn sie vor der öffentlichen Sitzung angebracht sind, das Gericht durch einfachen, im Berathungszimmer abzufassenden Beschluß entscheiden solle;

Daß jedoch dieses Rescript, da es den angeführten Gesetzen nicht derogiren kann, nur dahin auszulegen, daß ein solcher Rathskammerbeschluß das öffentliche Ministerium, wenn der Verzicht genehmigt ist, zur Einstellung der weiteren Verfolgung autorisire und verpflichte, daß jedoch, wenn der Verzicht nicht genehmigt, dadurch die Frage über die Wirksamkeit desselben nicht definitiv entschieden, sondern nur der Prüfung und Entscheidung durch das Gericht in öffentlicher Sitzung überwiesen sei;

Daß daher der Rathskammerbeschluß über Zurückweisung der Verzichtleistung nicht dergestalt in Rechtskraft übergeht, daß er das Gericht bei seiner Entscheidung in öffentlicher Sitzung bindet, und mithin das erste Cassationsmittel nicht für begründet erachtet werden kann;

J. E., dagegen auf das zweite Cassationsmittel:

Daß die That des Angeklagten durch die Anklage als eine freiwillige Verwundung durch einen Schuß bezeichnet und durch das erste Urtheil als solche festgestellt war;

Daß die Cabinets-Ordre vom 20. Dezember 1834 nur bei Beleidigungen der Verzichtleistung des Beleidigten die Kraft beilegt, die Anwendung der Strafgesetze zu hemmen;

Daß daher die Anwendung derselben auf den vorliegenden Fall nur durch die thatsächliche Feststellung, daß eine Beleidigung vorliege, begründet werden konnte;

Daß die Correctionell-Appellationskammer zwar als feststehend angenommen, daß die Verwundung lediglich in Folge einer vorhergegangenen Beleidigung des Beschuldigten zugefügt, und daß sie zu den schweren nicht zu rechnen sei, da der Verletzte nur 4 Tage bettlägerig gewesen;

Daß jedoch weder dieser Umstand, noch die vorhergegangene dem Angeklagten zugefügte Beleidigung genügt, um seiner That den Character einer Injurie zu verleihen;

Daß der Begriff der Injurie die Absicht voraussetzt, die Ehre eines Anderen zu kränken, diese Absicht hier aber weder von dem Appellationsrichter festgestellt, noch bei der Verwundung durch einen Schuß anzunehmen ist;

Daß derselbe Richter daher, indem er die Cabinets-Ordre vom 20. Dezember 1834 auf eine von ihm selbst nicht als Beleidigung qualifizirte Handlung anwendete, dieselbe verletzte;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichtes zu Koblenz vom 7. Februar d. J., verordnet die Beischreibung gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten, legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last;

Und, indem er sodann an die Stelle des Appellationsrichters tritt:

J. E., daß die That des Angeklagten nicht eine Beleidigung, sondern eine freiwillige Verwundung darstellt, daß mithin die Cabinets-Ordre

Digitized by Google

vom 20. Dezember 1834 keine Anwendung findet, und die Verzichtleistung des Verletzten die Anwendung der Strafgesetze nicht ausschließt;

Daß die von dem ersten Richter angeführten Gründe sach- und gesetzgemäß und nicht widerlegt sind;

Aus diesen Gründen

erkennt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in letzter Instanz, verwirft die von dem Angeklagten wider das Urtheil der Correctionell-Kammer des Kgl. Landgerichtes zu Koblenz vom 4. Dezember praeteriti eingelegte Berufung und legt demselben die Kosten zur Last.

Sitzung vom 26. März 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Amtsvergehen. — Untersuchung wegen Mißbrauchs der Waffen. — Erklärung der Verwaltungsbehörde.

Das in dem Gesetze vom 28. Juni 1834 über den Waffengebrauch der Gränzaufsichtsbeamten vorgeschriebene Verfahren, insbesondere die Einholung der Erklärung der Provinzial-Steuer-Behörde über die Einleitung der gerichtlichen Untersuchung, ist durch den Schlußsatz des Art. 97 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 unberührt geblieben.

Gesetz vom 28. Juni 1834 §. 8.
Vgl. Gesetz vom 31. März 1837 §. 6.
Verf. vom 31. Januar 1850 Art. 97.

Oeffentl. Ministerium — Fautsch.

Das Gesetz vom 28. Juni 1834 über den Waffengebrauch der Grenzaufsichts-Beamten verordnet in den §. 8 bis 10:

§. 8. „Nach beendigter vorläufiger Untersuchung sind die Acten an das betreffende Gericht einzusenden. Dasselbe hat die Verhandlungen, sobald dieselben als vollständig befunden werden, der betreffenden Provinzial-Steuerbehörde zur Erklärung über die Einleitung der gerichtlichen Untersuchung mitzutheilen."

§. 9. „Nach Eingang dieser Erklärung faßt das Gericht einen Beschluß wegen Eröffnung der Untersuchung ab. Wird die Eröffnung der Untersuchung gegen die Ansicht und den Widerspruch der Provinzial-Steuer-Behörde beschlossen, so muß die Sache nach Anleitung der über die Competenz-Conflicte zwischen den Verwaltungs-Behörden und Gerichten ertheilten Vorschriften erledigt werden."

§. 10. „In den Rheinprovinzen, soweit dort die französische Justizverfassung bestehet, werden die Verhandlungen über die vorläufige Untersuchung an den Ober-Prokurator des betreffenden Landgerichts eingesandt, und durch diesen der Rathskammer desselben mitgetheilt, welche auf den Bericht des Instruktionsrichters nach Anhörung der Staatsbehörde, die unter §. 8 erwähnte Prüfung vornimmt und den im §. 9 vorgeschriebenen Beschluß faßt."

Nachdem wider den Grenzaufseher Johann Peter Fautsch zu Aeperden wegen Verwundung des Tagelöhners Johann Winkels von Gocherheide

Digitized by Google

nach Feststellung des Thatbestandes unter Zuziehung eines Obersteuerbeamten die Voruntersuchung beendigt worden, stellte die Staatsanwaltschaft den Antrag: die Voruntersuchung für geschlossen zu erklären und die Abgabe der Verhandlungen an den Provinzialsteuer-Direktor zur Erklärung über Einleitung der gerichtlichen Untersuchung zu verordnen.

Die Rathskammer des Landgerichts verwarf jedoch durch Beschluß vom 21. Juni d. J. diesen Antrag und überließ der Staatsanwaltschaft ihren Antrag zur Sache selbst zu nehmen; weil die angeführte Verordnung die Einleitung der Untersuchung von der Genehmigung der Verwaltungsbehörde oder von Ergänzung derselben in dem Wege des Competenzconfliktes abhängig mache, wogegen die Einleitung einer Untersuchung wegen Amtsvergehen nach §. 95 der provisorischen Verfassungsurkunde vom 5. Dez. 1848 und Art. 97 der revidirten Verf.-urkunde vom 31. Januar 1850 von Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde nicht weiter abhängen solle, wodurch jene Vorschriften des Gesetzes vom 28. Juni 1834 als gegenstandlos erscheinen.

Die Appellation der Staatsanwaltschaft gegen diesen Beschluß wurde aus den Gründen des ersten Richters durch Erkenntniß des Appellationsgerichtshofes vom 16. Juli d. J. verworfen.

Hiergegen hat der General-Prokurator des Appellationsgerichtshofes am 17. Juli den Cassationsrecurs eingelegt. Der Recurs wird auf Verletzung des Gesetzes vom 28. Juni 1834 und falsche Anwendung der angeführten Artikel der Verfassungs-Urkunde gegründet, weil das Gesetz vom 28. Juni 1834 sich nur auf die Entscheidung der Präjudialfrage: ob ein strafbarer Mißbrauch der Waffen vorhanden sei, also auf die Feststellung des Thatbestandes beziehe, die angeführten Artikel der Verfassung dagegen allein die Einleitung der Untersuchung von dem Formerfordernisse der Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde für unabhängig erklärt hätten.

Die in dem Gesetze vom 28. Juni 1834 vorgeschriebene Einholung der Erklärung der Provinzial-Steuer-Behörde sei nicht als bloße Ermächtigung zur Einleitung des Verfahrens, sondern als ein nothwendiger Bestandtheil des Verfahrens, welches mit Erhebung des Thatbestandes unter Zuziehung eines Obersteuerbeamten seinen Anfang nehmen, zu betrachten.

Demgemäß wird darauf angetragen:

> das angegriffene Erkenntniß zu cassiren, und nach dem von der Staatsanwaltschaft genommenen Antrage die Abgabe der Verhandlungen an den Provinzial-Steuer-Direktor zu verfügen.

Urtheil:

J. E., daß die §§. 8 bis 10 des Gesetzes vom 28. Juni 1834 nur die Frage: ob ein strafbarer Mißbrauch der Waffengewalt begangen worden sei, von der Erklärung der Provinzial-Steuerbehörde mit Vorbehalt der endgültigen Feststellung in dem Wege des Competenz-Conflictes abhängig machen, mithin von dem Schlußsatze des Art. 97 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 unberührt bleiben, welcher nur das Erforderniß einer vorgängigen Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde zur gerichtlichen Verfolgung wegen Ueberschreitung der Amtsbefugnisse ausschließt, wogegen der erste Satz ausdrücklich die gesetzlichen Bedingungen aufrecht erhält, unter welchen ein gerichtlicher Anspruch wegen Ueberschreitung der Amtsbefugnisse als begründet anzusehen ist;

Daß also die angegriffene Entscheidung die §§. 8 bis 10 des Gesetzes

Digitized by Google

vom 28. Juni 1834 verletzt und den Art. 97 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 falsch angewendet hat *).

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Erkenntniß des Rh. A. G. H. vom 16. Juli d. J. und verordnet die Beischreibung der gegenwärtigen Entscheidung am Rande des kassirten;

Zur Sache:

verordnet der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Mittheilung der Untersuchungsakten an den Kgl. Provinzial-Steuer-Direktor zu Köln zur Abgabe der, in §. 8 des Gesetzes vom 28. Juni 1834 vorgeschriebenen Erklärung.

Sitzung vom 8. Oktober 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Daniels. Concl.: H. G. P. Jachnigen.

*) M. vergl. die Geschichte der Entstehung des Art. 97 der Verf.-Urkunde. Der Commissions-Entwurf der Nat.-Verf. v. 1848 lautete in Art. 93: Es ist keine vorgängige Genehmigung der Behörden nöthig, um öffentliche Civil- und Militär-Beamte wegen der durch Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübten Rechtsverletzungen gerichtlich zu belangen. Der Art. 95 der Verf.-Urk. vom 5. Dez. 1848 war damit gleichlautend.

Bei Revision der letztern empfahl der Central-Ausschuß der I. Kammer die Annahme dieses Art., jedoch mit dem Zusatze: die Beurtheilung ob eine Ueberschreitung der Amtsbefugnisse vorliege, steht der durch das Gesetz bestimmten Behörde zu. Die Motive sagen: es sei auf das Bedenkliche aufmerksam gemacht worden, was in der unbeschränkten Gewalt der Gerichte über die Amtshandlungen der Verwaltung liege; um diesem Uebelstande entgegenzutreten, sei der Zusatz beschlossen, wobei man dem Gesetze die Bezeichnung der Behörde vorbehalten habe, welcher die Beurtheilung anzuvertrauen sei. Das Plenum der I. K. beschloß indessen den gedachten Zusatz zum Hauptinhalt des Art. zu machen und dahin zu fassen: die Bedingungen, unter welchen Beamte wegen durch Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübter Rechtsverletzungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können, bestimmt das Gesetz.

In der II. Kammer dagegen wurde beschlossen, den Satz der I. K. zwar beizubehalten, jedoch dem ursprünglichen Inhalt des Art. 95 in Form des Zusatzes beizufügen: Eine vorgängige Genehmigung der Behörde darf jedoch nicht verlangt werden. Beide Kammern einigten sich nicht.

Hierauf brachte die Königl. Botschaft vom 7. Januar 1850 (Provok. XI) den Art. 97 in seiner jetzigen Gestalt, in den Motiven heißt es: der von der II. Kammer beschlossene Zusatz wird in dem Sinne kein Bedenken haben, daß die Verfolgung nicht von der Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde als gewissermaßen bei der Sache betheiligt, abhängig sein soll. Dagegen wird es bei Erlassung des Gesetzes einer nähern Erwägung vorbehalten bleiben müssen, ob ein Beamter, obgleich er im Amte gehandelt, ohne Weiteres soll vor Gericht gestellt werden können oder ob nicht überhaupt oder in gewissen Fällen die Ermächtigung einer hohen nicht verwaltenden Behörde, etwa des zu schaffenden Staatsraths, erfordert werden soll, um zu verhindern, daß die Thätigkeit der Organe der Verwaltung durch veratorische Klagen oder durch Furcht vor denselben gelähmt werde.

Beide Kammern nehmen nunmehr den Regierungsvorschlag an.

Digitized by Google

Zuchtpolizeigericht. — Polizeivergehen. — Competenz. — Berufbarkeit.

Wenn dem Zuchtgericht die That sich als einfaches Polizeivergehen darstellt und das öffentl. Ministerium auf Anwendung einer Polizeistrafe anträgt, so hat das Gericht über die Polizeicontravention zu erkennen, und sich nicht blos auf den zuchtpolizeilichen Inhalt der Beschuldigung zu beschränken.

Das Urtheil welches in solchem Falle über die Polizeicontravention ohne Entscheidung hinweggeht, kann nicht als ein freisprechendes betrachtet werden, es ist nichtig und der Berufung unterworfen. Art. 192 der B. P. O.

Oeffentl. Ministerium — Zerwes.

Edmund Zerwes, 32 Jahre alt, Geschäftsmann, geboren und wohnhaft zu Prüm, war beschuldigt: am 12. Februar 1850 den Bürgermeister Weyand zu Prüm, als er in amtlichen Functionen begriffen war, oder doch in Beziehung auf sein Amt, wörtlich beleidigt zu haben. Vor die Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Trier geladen, beantragte er die Verweisung der Sache vor das einfache Polizeigericht; das öffentl. Ministerium trug dagegen darauf an, den Beschuldigten zwar nicht des ihm zur Last gelegten Vergehens, aber der Beleidigung durch Schimpfreden für überführt zu erklären und ihn, auf den Grund des Art. 471 Nro. 11 des Strafgesetzbuches zu einer Geldbuße von 1 Thlr. und 10 Sgr. sowie in die Kosten zu verurtheilen.

Das Correctionsgericht erwog: daß der Bürgermeister Weyand an jenem Abend (dem des Fastnachtdienstags) sich im Spoo'schen Wirthshause gleich den übrigen Anwesenden als Gast befunden habe, sich mit den andern Gästen unterhalten, Wein getrunken und später sogar am Tanzvergnügen Theil genommen habe, mithin davon abgesehen: ob die vom Beschuldigten ausgestoßenen Worte eine Beleidigung involviren, diese jedenfalls dem Bürgermeister im Dienste nicht zugefügt sei; daß die Frage an einen der Gäste: Ob er sich bei einem am selbigen Abend Statt gefundenen Straßenscandal betheiligt habe? welche zu dem Wortwechsel mit Beschuldigtem Veranlassung gab, von Weyand selbst als eine vertrauliche bezeichnet werde, mithin auch von einer wörtlichen Beleidigung des Bürgermeisters in Beziehung auf sein Amt nicht die Rede sein könne, und sprach den Beschuldigten von diesen beiden Beschuldigungen frei, ohne den Antrag auf Verweisung der Sache, und denjenigen des öffentl. Ministeriums auf Verhängung einer Polizeistrafe weiter zu erwähnen.

Der General-Prokurator des Rh. Appellationshofes ergriff die Berufung, weil nach Art. 192 der Cr. P. O. über die dem Beschuldigten zur Last fallende Thatsache und die Anträge des öffentl. Ministeriums habe erkannt werden müssen.

Digitized by Google

Die Appellationskammer des Landgerichts zu Trier hat indessen diese Berufung aus folgenden Gründen verworfen:

In E., daß durch die heute vernommenen Zeugen der Hergang der Sache zum Belast des Beschuldigten nicht näher hat aufgeklärt werden können, indem sich nur herausgestellt, daß der Bürgermeister, welcher während des fraglichen Abends sich als Gast in dem Tanzlokale des Spoo aufgehalten, nach einer kurzen zum Zwecke polizeilicher Recherchen eingetretenen Entfernung wieder in das Lokal zurückgekehrt ist und — sei es auf der Stiege oder in dem Vorzimmer — an den Wellenstein „vertraulich" die Frage gerichtet hat, ob er sich bei einem am fraglichen Abende Statt gehabten polizeiwidrigen Umzuge betheiligt habe: daß Wellenstein aber diese Frage übel genommen und sich zwischen beiden ein Wortwechsel entsponnen habe, worauf endlich Beschuldigter aus dem Tanzsaale hinzugetreten ist und die Aeußerung gemacht hat: „Herr Bürgermeister, Sie haben meinen Freund beleidigt, Sie sind ein Schundeljunge."

In E., daß bei diesem Sachverhalte nicht angenommen werden kann, daß der Bürgermeister, der bis dahin als Gast figurirt, bei jener vertraulichen Frage in einer für den Beschuldigten erkennbaren Weise eine Amtsfunction ausübte, die Beleidigung auch nicht in Beziehung auf sein Amt ausgestoßen worden ist, da nach dem Thatbestande, sie nur auf das augenblickliche Benehmen des Bürgermeisters dem Wellenstein gegenüber bezogen werden kann; daß demnach in beiden Beziehungen die Berufung unbegründet erscheint;

In E., was die Berufung wegen der Privatbeleidigung betrifft, daß der erste Richter abgesehen von der Natur der Sache, insbesondere noch durch den ausdrücklichen Antrag des öffentl. Ministeriums, mit der Entscheidung hierüber befaßt war und, indem er den Beschuldigten von der Beschuldigung, wie sie formulirt war, entbunden, implicite ihn auch bezüglich der Contravention freigesprochen hat; daß die Entscheidung über diese aber dem ersten Richter und Kraft des Art. 192 der Cr. P. O. zugestanden hat, mithin in dieser Beziehung sein Urtheil in letzter Instanz erlassen und folglich die Berufung in soweit unzulässig ist ꝛc.

Seitens des öffentl. Ministeriums ist der Cassations-Rekurs gegen dieses am 6. Juni d. J. gesprochene Urtheil am 8. dess. M. angemeldet, und der Ober-Prokurator führt aus, daß, da eine Entscheidung des ersten Richters über eine Polizei-Contravention überhaupt gar nicht vorliege, derselbe auch nicht, wie vom zweiten Richter behauptet werde, in letzter Instanz erkannt haben könne.

Urtheil:

In E., daß die Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Trier durch den ausdrücklichen Antrag des öffentl. Ministeriums mit Entscheidung der Frage befaßt war: ob der jetzige Cassationsverklagte sich nicht einer Polizei-Contravention schuldig gemacht habe; daß sie daher hierüber freisprechend oder verurtheilend entscheiden mußte und, indem sie nicht entschied, den Art. 192 der St. P. O. verletzt hat;

In E., daß zwar nach der Ansicht der Appellationsrichter die Zuchtpolizeikammer wirklich entschieden und implicite in letzter Instanz auf Freisprechung erkannt haben soll; daß jedoch dieser Erwägungsgrund keine Thatsache feststellt, sondern nur ein Urtheil ausspricht, welches

Digitized by Google

durch die Thatsache widerlegt wird, daß die Zuchtpolizeikammer nicht untersucht hat, und nicht untersuchen wollte, ob die vom Beschuldigten ausgestoßenen Worte eine Beleidigung involviren oder nicht?

J. E., daß daher auch die Appellationskammer den Art. 192 der Cr. P. O. durch seine Nichtanwendung verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichtes zu Trier vom 16. Juni d. J., und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten; legt auch dem Cassationsverklagten die Kosten des Cassationsverfahrens zur Last;

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

J. E., daß der Appellat die seinerseits ausgestoßenen Worte nicht in Abrede stellt; daß diese jedenfalls ein Ausdruck der Geringschätzung waren und sein sollten, um so gewisser, als Appellat, wie er angibt, durch eine angebliche Beleidigung seines Freundes, so wie durch das unangenehme und anmaßende Benehmen des Bürgermeisters gereizt, auch die Absicht hatte, diesem eine Zurechtweisung zu ertheilen.

Aus diesen Gründen

nimmt der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Berufung des öffentl. Ministeriums von dem Urtheile der Zuchtpolizeikammer des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 11. März d. J. an, hebt gedachtes Urtheil auf; erklärt den Appellaten einer am 12. Februar d. J. Statt gefundenen wörtlichen Beleidigung des Bürgermeisters Weyand für überführt, verurtheilt ihn demgemäß, mit Anwendung des Art. 471 Nro. 11 des Str. G. B. u. s. w. zu einer Geldstrafe von 1 Thlr., im Nichtzahlungsfalle zu eintägiger Gefängnißstrafe und in die Kosten des Verfahrens.

Sitzung vom 24. September 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Churkölnisches Statut. — Gütergemeinschaft. — Immobilar-Acquest. — Rechte des überlebenden Ehegatten, resp. der Kinder.

Die Bestimmungen des §. 3 Tit. II und §. 6 Tit. VII der churkölnischen Rechtsordnung, welche die ganze Immobilarerrungenschaft den Kindern sofort eigenthümlich zuweist und dafür dem überlebenden Ehegatten andere Vortheile gewährt, constituiren nicht eine Erbfolge in das Vermögen des Letztern, sondern reguliren nur die vertragsmäßige Abtheilung einer gemeinschaftlichen Masse. Sie sind daher weder durch die Intermediär-Gesetzgebung, noch durch das B. G. B. abgeändert worden.

Digitized by Google

Rolshoven — Rolshoven.

Das Sachverhältniß in dieser Sache, so wie die Urtheile der ersten und zweiten Instanz sind bereits im Arch. Bd. 43, 1, S. 241 mitgetheilt worden. Der dagegen Seitens der Erben des Johann Georg Rolshoven erhobene Cassationsrekurs wurde auf eine Verletzung resp. falsche Anwendung der §. 3 Tit. II und §. 6 Tit. VIII der churkölnischen Rechtsordnung, der Art. 718 und 815 des B. G. B., des Art. 1. Ges. vom 15. April 1791, der Art. 13 und 14 Ges. vom 17. Nivose II u. des Art. 10 Dekret vom 22. Ventose VI gestützt und im Wesentlichen durch die Bemerkungen zu rechtfertigen gesucht, welche bereits an der allegirten Stelle als Rechtfertigungsgründe für die Berufung näher mitgetheilt worden sind.

Der Rh. Revisions- und Cassationshof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

In E., daß es sich nicht von einer Erbtheilung unter Kindern verschiedener Ehen handelt, sondern, wie die Vorladung vom 29. März und 3. April 1847 ergibt, von dem Kläger Johann Georg Rolshoven die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft seiner ersten, unter der Herrschaft der kölnischen Rechtsordnung geschlossenen und im Jahre 1811 aufgelösten Ehe gegen die Kinder dieser Ehe in Bezug auf die erworbenen Immobilien verlangt wird;

Daß bei der Frage, welche Theile der Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte erhält, und was dagegen den Kindern zufällt, nicht die Intestaterbfolge, namentlich nicht die durch die Intermediairgesetzgebung verordnete Gleichstellung der Kinder aus verschiedenen Eben, berührt wird, sondern lediglich der Ehevertrag und in dessen Ermangelung der Tit. 8 des kölnischen Statutes zur Anwendung kommt, dessen Bestimmungen für den vorliegenden Fall durch den Tit. 5, Buch 3 des B. G. B. nicht abgeändert werden konnten;

Daß, wenn der §. 3 Tit. 2 und §. 6 Tit. 8 der Rechtsordnung die ganze Immobilarerrungenschaft den Kindern sofort eigenthümlich zuweist, und dafür dem überlebenden Ehegatten andere Vortheile gewährt, hierdurch keine Erbfolge in das Vermögen des Letztern eintritt, sondern die vertragsmäßige Abtheilung einer gemeinschaftlichen Masse stattfindet, welche in gleicher Weise noch heute nach Art. 1387, 1497, 1520 ꝛc. des B. G. B. verabredet werden kann;

Daß demnach der Kgl. Appellationsgerichtshof, indem er die angestellte Klage auf Abtheilung der erworbenen Immobilien als unbegründet zurückwies, die Vorschriften der kölnischen Rechtsordnung richtig angewandt und keines der in dem Cassationsgesuche angeführten Gesetze verletzt hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Rekurs gegen das Urtheil des Kgl. Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 4. Dezember 1848 als unbegründet, und verurtheilt die Cassationskläger in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 11. Juni 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Frech — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokaten: Dorn — Reusche.

Digitized by Google

Vorschuß an den Frachtführer. — Subrogation. — Addressat der Waaren.

Der Addressat der Waaren, welcher dieselben wegen fehlerhafter Beschaffenheit zurückgegeben hat, haftet nicht persönlich für die Fracht. Der Dritte, welcher Frachtvorschüsse gemacht hat, kann sich daher in Ermangelung eines Auftrages nicht an den Addressaten halten.

Art. 106 des H. G. B.

Paas — Meyer.

Nach Inhalt eines Schreibens vom 21. Mai 1846 und der Antwort vom 25. ejus. hatte der Cassationskläger Paas von der Handlung F. C. Siebert in Hadamar 500 Ctr. Braunstein franco Köln gekauft; dieser Vertrag ist jedoch wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Waare durch Urtheil des Handelsgerichts zu Köln vom 17. September 1847 resp. des Appellationshofes vom 11. Juli 1848 für aufgelöst erklärt, und der Verkäufer zum Ersatz des aus der unterlassenen Lieferung entstandenen Schadens, sowie zur Erstattung dessen verurtheilt, was der Käufer nach Uebersendung des vertragswidrigen Braunsteins ausgelegt habe.

Der mit dem Transport nach Köln beauftragte Schiffer Sommer ließ sich zu Coblenz von dem dortigen Kaufmann Benjamin Meyer die Summe von 94 Thlr. 29 Sgr. 4 Pfg. als angeblichen Frachtantheil des Schiffers Heimbach für den Transport von Balduinstein bis Coblenz auszahlen und Meyer, welcher mit dem Cassationskläger Paas in Geschäftsverbindung steht, hat diesem den geleisteten Vorschuß in Rechnung gestellt. Die Weigerung des Letztern, den Posten als für ihn verauslagt anzuerkennen, hat Veranlassung zu dem gegenwärtigen Rechtsstreite gegeben.

Das Handelsgericht zu Coblenz erkannte unterm 30. April 1849 diese Weigerung des als Kläger auftretenden Paas, als ungerechtfertigt an, indem es im Wesentlichen erwog, daß nach Art. 106 des H. G. B. die Fracht und Spesen auf den Waaren haften, daß im Frachtbrief die Lieferung nicht frei, sondern eine Fracht von 22 Kreuzer per Ctr. vorgeschrieben gewesen, daß Kläger daher bei Vorzeigung des Frachtbriefes durch Schiffer Sommer sich hätte, ohne den Braunstein aus dem Schiffe des ꝛc. Sommer zu entrücken, die Ueberzeugung verschaffen müssen, ob derselbe das übereingekommene Gehalt habe; daß der Kläger aber die Waaren aus dem Schiffe habe ausladen und in Empfang nehmen lassen, und sich dadurch jede Einrede in Beziehung auf die Fracht und Spesen abgeschnitten habe und daher dem Verklagten den fraglichen Betrag sammt Zinsen in Gutschrift bringen müsse.

Es verurtheilte demgemäß den Kaufmann Meyer nur zur Zahlung eines unbestrittenen Betrages von 2 Thlr. 6 Sgr. wies den Kläger Paas mit seiner Mehrforderung ab und verfälligte ihn in die Kosten.

Der Cassationsrekurs ist rechtzeitig ergriffen und eine Verletzung der Art. 1250 und 1251 des B. G. B., sowie des Art. 106 des H. G. B. behauptet.

Digitized by Google

Der Cassationsverklagte habe — sagt Cassationskläger — mit ihm in Beziehung auf die Braunsteinlieferung in gar keinem Rechtsverhältnisse gestanden, die Erstattung der vorgeschossenen Fracht würde er nur auf den Grund der Geschäftsführung, ohne oder mit Auftrag, oder nützlicher Verwendung fordern können, aber auf keines dieser Fundamente stütze er sich, sondern deducire nur aus dem Rechte des Frachtführers die nämlichen Rechte für sich; aber er sei weder Frachtführer, noch in dessen Rechte subrogirt; der Fall einer gesetzlichen Subrogation liege nicht vor, eine vertragsmäßige ausdrücklich erfolgte werde gar nicht behauptet, die bezeichneten Artikel seien daher verletzt und resp. falsch angewendet.

Selbst wenn man indessen dem Cassationsverklagten die nämlichen Rechte wie dem Frachtführer einräumen wollte, würde er vom Cassationskläger die Fracht nicht fordern können. Der Art. 106 des H. G. B. gebe dem Frachtführer das Recht sich an die Waaren zu halten; eine persönliche Verpflichtung des Empfängers, auch wenn er mit Fug und Recht die Waare zurückgebe, dennoch die Fracht zu bezahlen, bestehe nicht, der Frachtführer habe in Folge seines Privilegiums ein Recht die Waare verkaufen zu lassen, sei sie aber aus seinen Händen heraus, ohne daß er sich bezahlt zu machen gewußt habe, so müsse er sich an den zur Zahlung wirklich Verpflichteten halten. Im vorliegenden Falle sei dies unter keinen Umständen der Cassationskläger, sondern dem Fuhrmann gegenüber der Kaufmann Siebert in Hadamar und Cassationsverklagter müsse sich, da er nicht mehr Rechte haben könne als der Fuhrmann, ebenfalls an Siebert wenden.

Cassationskläger trägt auf Cassation des angegriffenen Urtheiles, in der Sache selbst auf Zusprechung des vor dem Handelsgerichte genommenen Antrages an.

Der Cassationsverklagte hatte keinen Anwalt bestellt.

Es erging hierauf folgendes

Urtheil:

In E., daß der Cassationsverklagte der gehörig geschehenen Vorladung ungeachtet keinen Anwalt bestellt hat und daher in contumaciam zu erkennen ist;

In E., daß nach der faktischen Feststellung des angegriffenen Urtheiles der Cassationskläger diejenige Partie Braunstein, für welche Cassationsverklagter dem Schiffer Sommer die streitige Frachtvorlage gemacht hat, aus dem Schiffe hat ausladen und in Empfang nehmen lassen, und zwar während im Frachtbriefe die Lieferung nicht frei, sondern gegen Entrichtung einer Fracht von 22 Kreuzer per Ctr. vorgeschrieben war;

In E. jedoch, daß der Cassationsverklagte weder der Frachtführer, noch in dessen Rechte subrogirt, noch ein Privilegium auf die transportirte Waare geltend gemacht ist, vielmehr nur die Frage zur Entscheidung vorlag, ob der Cassationskläger zum Ersatze der ohne seinen Auftrag an den Frachtführer vor der Ablieferung der Waare an den Addressaten gemachten Vorschußzahlung persönlich verpflichtet sei;

Daß die Entscheidung dieser Frage nicht aus dem Art. 106 des H. G. B. geschöpft werden kann, und mithin das angegriffene Urtheil, indem es ohne Anführung eines anderen Rechtsgrundes nur diesen Artikel anrief, denselben falsch anwendete und verletzte.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in contumaciam wider

Digitized by Google

den Cassationsverklagten erkennend, das Urtheil des Handelsgerichtes zu Coblenz vom 30. April 1849 unter Verurtheilung des Cassationsverklagten in die Kosten, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten und die Rückgabe der Succumbenzgelder;

Und, indem er in der Sache selbst ebenfalls in contumaciam erkennt;

In E., daß der Verklagte weder einen Auftrag des Klägers zu der geleisteten Zahlung, noch eine Subrogation des Schiffers in dessen Rechte behauptet hat;

Daß der Frachtbrief nur als ein Kontrakt zwischen dem Absender und dem Schiffer anzusehen ist, und Rechtsverhältnisse zwischen diesem und dem Addressaten erst durch die Annahme der Waare durch den Letztern entstehen;

Daß mithin vor der Ankunft des Frachtführers am Bestimmungsorte eine Verpflichtung des Addressaten zur Zahlung der Frachtgelder nicht besteht;

Daß folglich eine dem Frachtführer vor dieser Ankunft geleistete Zahlung nicht als eine im Interesse des Addressaten geschehene, noch auch als eine nützliche Geschäftsführung für denselben zu betrachten ist;

Daß sie vielmehr, in soweit sie bereits deservirte Frachtgelder betraf, nur die Erfüllung einer dem Absender obliegenden Pflicht darstellte;

Daß auch durch die spätere Annahme der Waare von Seiten des Addressaten für diesen eine Verpflichtung zur Zahlung der Frachtgelder dem Frachtführer gegenüber nur in soweit entstand, als dieser noch nicht befriedigt war, mithin nicht in Betreff der ihm bereits gezahlten Frachtgelder;

Daß seine Verpflichtung zur Erstattung dieser Zahlung, in soweit sie von dem Absender oder im Interesse desselben geschehen, von seinen Rechtsverhältnissen zu diesem abhängen würde, und daß eine solche diesem gegenüber bestehende Verpflichtung im vorliegenden Falle von dem Cassationsverklagten weder behauptet, noch auch angenommen werden kann, da zufolge handelsgerichtlicher Entscheidung der zwischen diesem und ihm bestehende Lieferungsvertrag wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Waare aufgelöst ist;

Daß hiernach auch eine nützliche Verwendung jener Zahlung für den Kläger nicht vorliegt und jeder rechtliche Grund zur Verpflichtung desselben zur Erstattung jener Zahlung fehlt;

In E., daß im Uebrigen von Seiten des Verklagten gegen den geforderten Saldo keine Erinnerungen gemacht sind, die Verurtheilung unter dem Nachtheil der Körperhaft in der Eigenschaft einer Handelssache ihre Rechtfertigung findet, und Kläger die Verzugszinsen nur vom Tage der angestellten Klage gefordert hat.

Aus diesen Gründen

verurtheilt der Kgl. Revisions- und Cassationshof, an die Stelle des Handelsgerichtes tretend, den Verklagten unter dem Nachtheile der Körperhaft, dem Kläger den demselben schuldigen Saldo von 112 Thlr. 19 Sgr. 10 Pfg. mit Zinsen zu 6 Prozent seit dem Tage der Klage (den 10. März 1849) zu bezahlen und legt ihm die Kosten des Verfahrens zur Last.

Sitzung vom 2. Juli 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokat: Dorn.

Digitized by Google

Wittwen-Penſion. — Arreſt-Anlage.

Wittwen-Penſionen, welche vom Staate ausgezahlt werden, können zu Lebzeiten der Penſionairin nicht mit Arreſt belegt werden.

Der §. 162 Anh. zur Allg. G.-O. iſt auf Wittwen-Penſionen nicht zu beziehen und der §. 109 Tit. 24 Th. I. Allg. G.-O. in der Rheinprovinz nicht eingeführt. Es gilt daher daſelbſt in Bezug auf Wittwen-Penſionen noch fortwährend der Art. 580 der B. P. O. resp. der Regierungsbeſchluß vom 7. Thermidor J. X. *)

Caulwell — Dreiſer.

Durch Urtheil des Friedensgerichts des Bezirks Coblenz I. vom 2. Auguſt 1849 wurde die Verklagte in contumaciam verurtheilt, dem Kläger 25 Thlr. nebſt Zinſen vom 1. Juli ej. und Koſten zu zahlen und zugleich der durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 16. Juli ej. bei der Regierungs-Hauptkaſſe daſelbſt bis zu dem angegebenen Betrage angelegte Arreſt für gültig und gerechtfertigt erklärt, und die drittſaiſirte Kaſſe angewieſen, nach Abgabe der geſetzlichen Erklärung dem Kläger die liquidirten Beträge an Hauptſumme, Zinſen und Koſten zu zahlen.

Gegen dieſes Urtheil, in ſoweit es den angelegten Arreſt für gültig erklärt und der Verklagten die Koſten der Arreſt-Anlage zur Laſt gelegt habe, legte die Verklagte die Berufung ein. Das Kgl. Landgericht zu Coblenz verwarf jedoch mittelſt Urtheils vom 3. Dezember pr. dieſelbe, unter Verurtheilung der Appellantin in Koſten und Succumbenzſtrafe und zwar aus folgenden Gründen:

In E., daß durch den Arreſt vom 16. Juli d. J. nur die von der hieſigen Regierungs-Hauptkaſſe der Appellantin zu zahlende Wittwen-Penſion und Amtscaution beſtrickt worden, indem, wenn gleich im Eingange des Arreſt-Aktes es heißt, daß auf alle Gelder, welche die Regierungs-Hauptkaſſe der Appellantin verſchulde, Arreſt gelegt werde, doch im Verfolg des Aktes namentlich nur die Wittwen-Penſion und Amtscaution gefordert worden; daß nun durch kein Geſetz Arreſte dieſer Art verboten oder beſchränkt ſind, daß zwar durch das Geſetz vom 23. Mai 1826 die Anhangs-Paragraphen zum §. 108 der Allg. Gerichts-Ordnung auch für den diesſeitigen Bezirk publizirt worden, und daß nach §. 160 und 162 des Anhanges auf Beſoldung und Emolumente der Civilbeamten ein Beſchlag nur in der Art ſtatt findet, daß ein Jeder jährlich wenigſtens

---

*) Derſelbe lautet in den hier bezüglichen Stellen:

Art. 2. Il ne sera reçu à l'avenir au trésor public aucune signification de transport, cession ou délégation de pensions à la charge de la république.

Art. 3. Les créanciers d'un pensionnaire ne pourront exercer qu'après son décès et sur le decompte de sa pension les poursuites et diligences necessaires pour la conservation de leurs droits.

Digitized by Google

400 Thlr. freibehält, daß diese Vorschrift auch auf diejenigen, welche aus einem unter öffentlicher Verwaltung stehenden Fond, eine ihm vom Staate oder von der vorgesetzten Behörde angewiesene Pension beziehen, jedoch mit der Einschränkung Anwendung findet, daß ihnen nur 200 Thlr. ganz frei bleiben sollen, daß jedoch diese Paragraphen sich lediglich nur auf Besoldungen und Pensionen der Beamten beziehen, nicht aber auf Pensionen, welche den Wittwen jener Beamten, aus der Allgemeinen oder aus der Offizier-Wittwenkasse gezahlt werden, da dieser Fall getrennt vom §. 108 der Allg. Gerichts-Ordnung und der Anhangs-Paragraphen zu demselben im §. 109 l. c. vorgesehen ist, letzterer aber im diesseitigen Bezirke nicht publizirt worden, daß demnach das Urtheil a quo auch in soweit es den angelegten Arrest für gültig erklärt, sich als durchaus für gerechtfertigt darstellt, mithin der Antrag auf Reformation dieses Urtheils als unbegründet zu verwerfen ist" ꝛc. —

Gegen dieses am 15. Januar c. dem Anwalte der Appellantin zugestellte Urtheil, über dessen Zustellung an die Appellantin selbst nichts constirt, hat sie nach erfolgter Admission zum Armenrechte am 15. Mai c. das Cassationsgesuch hinterlegt und dasselbe auf

> Verletzung der Art. 580, 582 der B. P. O., des Gesetzes vom 23. Mai 1826 und des §. 162 des Anhanges zur Allg. Gerichts-Ordnung

gestützt.

Das Kgl. Landgericht habe angenommen, daß der §. 162 cit. nicht von Wittwenpensionen handle, der §. 109 Tit. 24 der Allg. Gerichts-Ordnung in der Rheinprovinz nicht eingeführt sei und kein anderes Gesetz die Beschlagnahme solcher Wittwenpensionen untersage. Allein schon die Art. 580, 582 der B. P. O. enthielten eine solche Untersagung.

Ueberdies spreche der §. 162 des Anhanges zur Allg. Gerichts-Ordnung in ganz allgemeiner Fassung von Pensionen, welche aus den, unter öffentlicher Verwaltung stehenden Fonds und auf Anweisung des Staats oder der vorgesetzten Behörde bezogen würden, und passe daher auch auf die Pension der Cassationsklägerin, da sie nicht 200 Thlr. erreiche. Die Annahme des Landgerichts, daß der §. 162, weil er hinter §. 108 und nicht hinter §. 109 stehe, sich auf Wittwen-Pensionen nicht beziehe, sei durch diese allgemeine Fassung widerlegt.

Es wird darauf angetragen: das angegriffene Urtheil, soweit es die Wittwen-Pension der Cassationsklägerin betrifft, zu vernichten, und den auf dieselbe gelegten Arrest für nichtig zu erklären.

Der Cassationsverklagte hat ungeachtet der rechtzeitig am 10. Juli c. erfolgten Zustellung des Cassationsgesuches keine Erwiderungsschrift eingereicht und der Anwalt der Cassationsklägerin am 21. Oktober c. den Antrag auf das Contumacialverfahren gemacht.

Urtheil:

I. E., daß nach der Feststellung des angegriffenen Urtheils der durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 16. Juli c. bei der Regierungs-Hauptkasse zu Coblenz angelegte Arrest die aus dieser Kasse der Cassationsklägerin zu zahlende Wittwenpension bestrickt;

I. E., daß zwar der §. 109 Tit. 24 Theil I der Allg. Gerichts-Ordnung, welcher die Executionen in die Pensionen der Beamtenwittwen

Digitized by Google

beſchränkt, in der Rheinprovinz nicht eingeführt iſt, daß jedoch eben deshalb aus demſelben keine Folgerung zur Interpretation des durch die Kgl. Verordnung vom 23. Mai 1826 eingeführten §. 162 des Anhanges zur Allg. Gerichts-Ordnung gezogen werden kann;

Daß auch der Anhang zur Allg. Gerichts-Ordnung, wenn man Behufs ſeiner Interpretation auf die altländiſchen Geſetze recurrirt, durch Kgl. Patent vom 4. Februar 1815 ſelbſtſtändig publizirt iſt und der in demſelben Patente erwähnten Einſchaltung der Paragraphen des Anhanges an gehörigem Orte in der Gerichts-Ordnung nicht die Bedeutung beigelegt werden kann, daß die Paragraphen des Anhanges jedesmal aus dem Paragraphen der Gerichts-Ordnung, hinter welchem ſie eingeſchaltet, ausgelegt werden müſſen;

Daß dagegen der Anhang zur Allg. Gerichts-Ordnung nach der ausdrücklichen Erklärung des gedachten Patentes nur eine Zuſammenſtellung älterer Verordnungen enthält, und es daher ſtatthaft erſcheint, zu ſeiner Interpretation auf dieſe Verordnungen zurückzugehen;

Daß nun die §§. 160, 161 und 162 a. a. O. wörtlich aus der Verordnung vom 28. Februar 1806 (N. c. c. T. XII. S. 59) entnommen ſind und dieſe Verordnung in ihrem Eingange ausdrücklich erklärt, daß ſie von den im wirklichen Civildienſt ſtehenden und den mit Penſion entlaſſenen Staatsbeamten ſpreche;

Daß in gleicher Weiſe die Kgl. Verordnung vom 23. Mai 1826 nur über die Beſchlagnahme der Beſoldungen und Penſionen der Staatsbeamten disponirt;

Daß hiernach der §. 162 cit. auf Wittwen-Penſionen nicht bezogen werden kann, und das angegriffene Urtheil denſelben und die Verordnung vom 23. Mai 1826 richtig angewendet und nicht verletzt hat;

J. E., jedoch, daß nach Art. 580 der B. P. O. Beſoldungen oder Penſionen, welche vom Staate ausgezahlt werden, nur auf den durch Geſetze oder Regierungs-Verordnungen beſtimmten Antheil mit Arreſt belegt werden können;

Daß nach dem Regierungs-Beſchluſſe der franzöſiſchen Republik vom 7. Thermidor des J. X keine Signification von Uebertragungen, Ceſſionen und Delegationen auf Penſionen zu Laſten des Staates angenommen werden ſoll, und Gläubiger eines Penſionairs erſt nach ſeinem Tode die nöthigen prozeſſualiſchen Schritte zur Erhaltung ihrer Rechte auf den Ueberreſt der Penſion vornehmen können;

Daß dieſe Vorſchrift nicht aufgehoben und auf die der Caſſationsklägerin aus der Regierungs-Hauptkaſſe zu zahlende Penſion anwendbar iſt, mithin das angegriffene Urtheil den Art. 580 durch Nichtanwendung verletzte.

Aus dieſen Gründen

caſſirt der Kgl. Reviſions- und Caſſationshof in contumaciam wider den Caſſationsverklagten erkennend, das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 3. Dezember 1849, in ſoweit es die Wittwenpenſion der Caſſationsklägerin betrifft, verordnet die Beiſchreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des caſſirten und legt dem Caſſationsverklagten die Koſten zur Laſt;

Und, indem er an die Stelle des Appellationsrichters tretend erkennt:

Digitized by Google

aus den angeführten Gründen und nach Einsicht des Art. 580 der B. P. O. und des Beschlusses vom 7. Thermidor J. X (B. 204. Nro. 1867.)

Nimmt der Kgl. Revisions- und Cassationshof die von der Verklagten wider das Urtheil des Kgl. Friedensgerichts Coblenz I vom 2. August v. J. eingelegte Berufung theilweise an und erklärt unter theilweiser Abänderung desselben, den durch Akt des Gerichtsvollziehers Devin vom 16. Juli v. J. bei der Kgl. Regierungs-Hauptkasse zu Coblenz angelegten Arrest, in soweit er die der Appellantin aus der Regierungs-Hauptkasse zu zahlende Pension betrifft, für ungültig, beläßt es im Uebrigen bei den Bestimmungen des gedachten Urtheils und legt dem Appellaten die Kosten der Berufung zur Last.

Sitzung vom 12. November 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokat: Furbach.

Zuchtpolizei-Gericht. — Contumazial-Urtheil. — Zustellung. — Opposition.

Kann das Contumazial-Urtheil eines Zuchtpolizei-Gerichts dem Beschuldigten weder persönlich, noch in seiner Wohnung zugestellt werden, weil die letztere verschlossen vorgefunden wurde, so kann die Zustellung gültiger Weise nach Analogie des Art. 68 der B. P. O. geschehen. — Von einer solchen Zustellung an beginnt die fünftägige Oppositionsfrist. Art. 187 der Str. P. O. Art. 68 der B. P. O.

Clasen — Oeffentl. Ministerium.

Durch Beschluß der Rathskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 19. April 1850 wurde Johann Clasen, 55 Jahre alt, früher Steueraufseher, jetzt Gutsbesitzer, geboren und wohnend zu Spich, vor das Zuchtgericht verwiesen unter der Anschuldigung, daß er am 10. März 1850 die Wittwe Theile zu Bonn unter Vorspiegelungen und mittelst Uebergabe einer Morroschen Cigarren-Etikette für eine Kassenanweisung um 5 Thlr. betrogen habe.

In der Sitzung des Zuchtgerichts vom 11. Mai 1850 hatte die Verhandlung wegen dieser Beschuldigung des Betruges Statt, welche als erwiesen angenommen, und demgemäß der Beschuldigte unter Anwendung des Art. 405 des Str. G. B., des Art 194 der Cr. P. O. und der Kgl. Cabinets-Ordre vom 30. September 1813, zu einer Gefängnißstrafe von 1 Jahre, einer Geldbuße von 20 Thlr., im Fall des Unvermögens zu einer ferneren Gefängnißstrafe von vier Wochen, zum Verlust der Nationalkokarde, so wie während 5 Jahren der im Art. 42 des Str. G. B. erwähnten bürgerlichen Rechte und in die Kosten verurtheilt wurde.

Der Beschuldigte meldete gegen dieses Straferkenntniß die Berufung

Digitized by Google

an, welche jedoch die Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln durch Urtheil vom 12. Juni ejusd. in contumaciam verwarf und die dagegen eingelegte Opposition durch ein zweites Erkenntniß vom 10. Juli für verspätet und deshalb unannehmbar erklärte.

Die Zustellung des Contumacial-Urtheils an den Beschuldigten hatte nämlich am 25. Juni Statt gefunden und die Opposition war erst durch Gerichtsvollzieherakt vom 4. Juli eingelegt. In jener Zustellung heißt es:

„sprechend mit dem Beigeordneten Kerp zu Sieglar in Abwesenheit des Bürgermeisters dieser Gemeinde, und da die Wohnung des ꝛc. Clasen verschlossen war, und die Nachbaren desselben Visa zu geben sich weigerten."

Das Orginal ist auch von dem Beigeordneten visirt. Die Appellationskammer hielt hier die Vorschrift des Art. 68 der B. P. O. für anwendbar, nahm daher die Zustellung des Contumacial-Urtheiles im Sinne des Art. 187 der Cr. P. O. als gehörig geschehen an, und berechnete danach die fünftägige Oppositionsfrist.

Der Beschuldigte hat rechtzeitig gegen das Erkenntniß vom 10. Juli den Cassationsrekurs angemeldet, auch die Geldstrafe hinterlegt und die provisorische Freilassung gegen Caution erwirkt. In einer Cassationsschrift gründet derselbe den Rekurs auf Verletzung des Art. 187 und 208 der Cr. P. O. und des Ministerial-Rescriptes vom 11. Juni 1836 *) und führt sodann an: von der Verhandlung in der Appellationsinstanz am 10. Juni habe er keine Kenntniß gehabt, da ihm die Vorladung vom 8. Juni weder persönlich, noch in seinem Domizil, sondern bei dem Beigeordneten zugestellt worden sei. In gleicher Weise sei am 25. Juni die Zustellung des ergangenen Contumacial-Urtheiles erfolgt, mit welchem aber die Oppositionsfrist nicht zu laufen angefangen habe, da jene Zustellung nicht in der durch den Art. 187 der Cr. P. O. vorgeschriebenen Form, nämlich nicht ihm persönlich, noch in seiner Wohnung geschehen, und die nach der B. P. O. gestattete Signifikation an den Bürgermeister hierbei nicht anwendbar sei. Das angezogene mit Kgl. Genehmigung erlassene Ministerial-Rescript habe bei den Contumacial-Urtheilen in Strafsachen die Zustellung an die Person des Beschuldigten speziell für nothwendig erachtet und da eine solche nach Vorschrift des Art. 187 nicht Statt gefunden, so könne von einem Anfange des Laufes der Oppositionsfrist nicht die Rede sein, also auch nicht von einem Ablauf derselben, und die eingelegte Opposition, welche auch vor der Signifikation des Contumacial-Urtheiles erhoben werden könne, erscheine zulässig.

Der Antrag des Cassationsklägers geht dahin:

das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 10. Juli d. J. zu kassiren, und die Sache zur weiteren Verhandlung in der Appellationsinstanz an ein anderes Landgericht zurückzuweisen.

Urtheil:

J. E., daß nach Art. 187 und 208 der Cr. P. O. die fünftägige

*) Lottner V S. 394.

Digitized by Google

Oppositionsfrist mit dem Tage beginnt, an welchem das Contumacial-Urtheil dem Beschuldigten in Person oder in seinem Domizil zugestellt worden;

Daß die Cr. P. O. über die Form der Zustellungen keine näheren Vorschriften enthält, daher hier, wie in vielen anderen Fällen die allgemeinen Grundsätze der B. P. O. anzuwenden sind und die Zustellung nach Analogie des Art. 68 daselbst geschehen muß;

Daß demgemäß am 25. Juni d. J. das von der Appellationskammer des Kgl. Landgerichtes zu Köln erlassene Contumacial-Urtheil vom 12. Juni d. J. dem Beigeordneten zugestellt wurde, da die Wohnung des Beschuldigten verschlossen war und die Nachbarn die Annahme der Abschrift verweigerten;

Daß folglich mit dem 26. Juni die Oppositionsfrist ihren Anfang nahm und am 5. Juli, dem Tage der Opposition, bereits abgelaufen war, — mithin der Appellationsrichter, indem er den Einspruch für unannehmbar erklärte, den Art. 187 und 208 richtig angewandt hat, von Verletzung des Ministerial-Rescriptes vom 11. Juni 1836 aber nicht die Rede sein kann, welches, abgesehen von der Frage seiner bindenden Kraft, abändernde Bestimmungen nicht enthält.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den wider das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichtes zu Köln vom 10. Juli d. J. eingelegten Cassationsrekurs und verurtheilt den Cassationskläger in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 22. Oktober 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Frech. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Compromiß. — Pactum de compromittendo. — Feuerversicherungs-Vertrag.

Die Clausel in den Polizei-Bedingungen eines Feuerversicherungsvertrages, alle etwaigen Streitigkeiten zwischen der Anstalt und dem Versicherten sollen ohne alle Ausnahme lediglich durch compromissarischen Ausspruch von zu erwählenden Schiedsrichtern entschieden werden, stellt nicht ein Compromiß, sondern ein Pactum de compromittendo dar und ist daher hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen zu beurtheilen. Das Pactum de compromittendo ist an und für sich nach rheinischem Rechte nicht untersagt.

B. G. B. Art. 1108, 1126, 1134.
B. P. O. Art. 1105, 1106.
H. G. B. Art. 332.

Digitized by Google

Weidenbach — Feuerversicherungs-Gesellschaft Borussia.

Der Kaufmann und Cigarren-Fabrikant Weidenbach zu Andernach hatte bei der Feuerversicherungsgesellschaft Borussia zu Königsberg unter Vermittelung deren Hauptagenten Gevenich zu Coblenz verschiedene Mobilargegenstände auf Höhe von 2820 Thlr. versichert und klagte diese Summe gegen die genannte Gesellschaft bei dem Handelsgericht zu Coblenz ein, nachdem am 11. September 1846 ein Brand bei ihm statt gefunden hatte. Die Verklagte behauptete auf Grund des Art. 17 der Police-Bedingungen, welcher also lautet:

„Alle etwaigen Streitigkeiten zwischen der Anstalt und dem Versicherten sollen, ohne alle Ausnahme lediglich durch compromissarischen Ausspruch von Schiedsrichtern, zu denen jede Partei zwei vereidete Rechtsgelehrte wählt, laut Bestimmungen der Statuten der Anstalt, worauf hier verwiesen wird, in Königsberg in Preußen entschieden werden. Die Interessenten entsagen dem Einwande, daß die vorstehenden Bestimmungen aus dem Grunde nicht Anwendung finden können, weil die Gegenstände des Streites vorher nicht genau bestimmt seien und vorher nicht näher bestimmt werden können ꝛc.“

daß alle Streitigkeiten durch Schiedsrichter zu entscheiden seien, und beantragte deshalb den Ausspruch der Incompetenz des Handelsgerichts, unter dem gleichzeitigen Erbieten, Schiedsrichter zu ernennen, während Kläger wegen fehlender Bezeichnung des Streitobjektes und fehlender Ernennung der Schiedsrichter auf Grund des Art. 1006 der B. P. O. die Nichtigkeit des angeblichen Compromisses behauptete, sich subsidiarisch aber zur Ernennung von Schiedsrichtern bereit erklärte. Das Handelsgericht verwarf die Einrede der Incompetenz, aus den Gründen des Klägers und verordnete in der Sache selbst ein Beweisverfahren.

Gegen diese Entscheidung vom 12. Oktober 1846 appellirte die Verklagte mit dem Antrage: die Incompetenz des Handelsgerichts auszusprechen, die Klage vor Schiedsrichter zu verweisen und zu beurkunden, daß sie den Justizrath Cadenbach und den Advokaten Feld in Coblenz als Schiedsrichter vorschlage, oder aber Behufs Ernennung der Schiedsrichter die Parteien an den competenten Richter zu verweisen, während Kläger die Verwerfung der Berufung begehrte.

Hierauf erkannte der A. G. H. in Köln, wie folgt:

„In E., daß nach §. 17 der Versicherungs-Bedingungen alle Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und dem Versicherten durch schiedsrichterlichen Spruch entschieden werden sollen, eine Bestimmung, die Appellat gleich dem übrigen Inhalte der Police acceptirt hat, und deren formelle Gültigkeit mit Grund nicht bezweifelt werden kann; daß die Gesetze, namentlich das Gesetz vom 24 August 1790 und die späteren Constitutionen bis zur neuesten Gesetzgebung überall die Befugniß der Parteien, ihre aus einem gewissen Rechtsverhältnisse entspringenden Contestationen dem Urtheile von Schiedsrichtern zu unterwerfen, anerkennen, diese Art der Entscheidung selbst im Falle des Art. 51 des H. G. B. ausschließlich eintreten soll, und daß folglich eine Uebereinkunft, welche solches im Voraus für eventuelle Fälle festsetzt, an sich für eine erlaubte erachtet werden muß;

Digitized by Google

daß die Art. 1005 und 1006 der B. P. O. die Formen und Erfordernisse des Compromisses bestimmen und daß es keinem Zweifel unterliegt, daß ohne Beobachtung derselben ein gültiger schiedsrichterlicher Ausspruch nicht ergehen kann, daß aber hierdurch die Rechtsbeständigkeit der vorher verabredeten und demnächst zur Erreichung ihres Zweckes die Erfüllung dieser Vorschriften erst nothwendig machenden Stipulation in keiner Weise berührt wird, indem es nirgends erhellt, daß nach der Absicht des Gesetzes die Befugniß der Parteien auf den Fall des Art. 1006 beschränkt und mithin die wirkliche Existenz einer Streitigkeit zur Zeit des Vertrages als dessen wesentliche Bedingung unter Ausschluß jeder anderen Uebereinkunft erklärt werden sollte;

Daß dagegen aus dem Art. 332 des H. G. B. unzweideutig hervorgeht, daß das Gesetz dieselbe als gültig anerkenne, da hier nach der Fassung der Bestimmung offenbar nichts Neues für die Assecuranz-Verträge besonders festgesetzt, sondern nur die Aufnahme jener Clausel, über deren Rechtsbeständigkeit nicht erst zu statuiren war, in dem schriftlichen Contrakte vorgeschrieben wird;

Daß im Falle der von einem Contrahenten verweigerten Erfüllung die Befugniß des Gerichts, die Schiedsrichter an dessen Stelle zu ernennen nicht bestritten werden kann, indem diese richterliche Einwirkung hier nur die Vollziehung des Vertrages, wie des Gesetzes, vermittelt und sichert.

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. Appellationsgerichtshof das Urtheil des Kgl. Handelsgerichtes zu Coblenz vom 12. Oktober 1846, erklärt die Clausel im Art. 17 der Versicherungsbedingungen für gültig, überläßt den Parteien hiernach die Wahl resp. Ernennung von Schiedsrichtern im geeigneten Wege zu bewirken, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen, u. s. w.

Gegen diese Entscheidung vom 22. Februar 1847, zugestellt am 12. April 1850, hat Weidenbach rechtzeitig und unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten den Cassationsrekurs ergriffen wegen Verletzung der Art. 1006 und 1029 der B. P. O. und falscher Anwendung der Art. 51, 55 und 332 des H. G. B. und zu dessen Rechtfertigung angeführt:

Obgleich der fragliche Art. 17 Mangels Bezeichnung des Streitsgegenstandes und der Schiedsrichter nach Art. 1006 der B. P. O. nichtig sei, lege der zweite Richter ihm doch rechtliche Wirksamkeit bei und wolle den Kläger zwingen, sich dem Spruche von, nicht durch den übereinstimmenden Willen der Parteien gewählten Schiedsrichtern zu unterwerfen, zu welchem Resultate er durch eine subtile Unterscheidung zwischen Compromiß und Pactum de compromittendo gelange. Daß ein solches Pactum als gegen die Art. 6, 1131 und 1133 des B. G. B. verstoßend, an und für sich unerlaubt sei, habe Kläger nie behauptet, sondern nur, daß dasselbe die zu einem gültigen Compromiß erforderlichen Essentialien-Bezeichnung des Streitobjekts und der Schiedsrichter nicht enthalte und daher eben so ungültig sei, wie ein Kaufvertrag, wenn er den Preis nicht festsetze und eine spätere Vereinbarung hierüber nicht zu Stande komme. Wäre es zulässig, daß die Parteien wegen ihrer eventuellen, daher noch nicht zu bezeichnenden Streitigkeiten sich dem Spruche zur Zeit unbekannter Schiedsrichter unterwürfen, so müßte es

um so mehr bei bereits existirendem Streite freistehen, sich zunächst dahin zu einigen, daß der Streit überhaupt durch Schiedsrichter geschlichtet werden solle, und doch sage der Art. 1006, daß eine Verabredung wegen Entscheidung eines bereits existirenden Streites durch Schiedsrichter nichtig sei, wenn Letztere darin nicht ernannt seien, eine Bestimmung ohne Sinn, wenn man einer, eines gesetzlichen Essentiale entbehrenden Verabredung dennoch Wirksamkeit beilege. Der Richter könnte dann bei der Renitenz des einen Contrahenten, Schiedsrichter zu ernennen, dessen Willensäußerung ergänzen, wozu er aber nur im Falle ausdrücklicher, bei dem freiwilligen schiedsrichterlichen Verfahren jedoch nicht ertheilter gesetzlicher Autorisation befugt sein würde, wie z. B. solches im Zwangs-Schiedsrichterverfahren und bei der Ernennung von Experten nachgelassen sei. Der nur auf Versicherungen gegen Seegefahr bezügliche Art. 332 des H. G. B. dürfe hier nicht analog angewendet, sondern nur als eine Ausnahme von der Regel des Art. 1006 der B. P. O. betrachtet werden, weil derselbe generalisirt, eine klare und ausdrückliche Bestimmung des Art. 1006 bedeutungslos machen würde. Ebenso wenig könnten die Vorschriften für das Zwangs-Schiedsrichter-Verfahren hier zur Anwendung kommen, was der zweite Richter zu glauben scheine, indem er sage, daß bei Ernennung der Schiedsrichter durch den Richter die richterliche Einwirkung, nur die Vollziehung des Vertrages, wie des Gesetzes, vermittle und sichere, und wobei ihm der Art. 1134 des B. G. B. — les conventions légalement formées tiennent lieu de loi — vorgeschwebt zu haben scheine. Verträge und Gesetze seien aber durch diese Bestimmung nicht identificirt und könne durch eine Stipulation, wie die in Rede stehende, ein zwangsschiedsrichterliches Verfahren im Sinne der Art. 51 bis 63 des H. G. B. nicht begründet werden, vielmehr müsse die Vereinbarung sich bis auf die Personen der Schiedsrichter erstrecken. Die vom Richter ernannten Schiedsrichter würden keine vereinbarten sein und eine executio ad faciendum gebe es nicht. Der Ansicht des Klägers ständen noch bedeutende Autoritäten zur Seite — Merlin, — Thomin-Dezmazures, — Sirey 43. 2. 488 — 44. 2. 58. 59. 317. 318 — 45. 1. 79. — Conclusion des Generaladvokaten Hello in Sirey 43. 1. 564. — Rhein. Arch. Bd. 29 pag. 204. Sei diese Ansicht richtig, so habe der zweite Richter die angeführten Gesetze verletzt, resp. falsch angewendet.

Die Cassationsverklagte erwidert:

Der Angriff gegen die Ausführung des zweiten Richters stütze sich darauf, daß diese Ausführung die Bestimmung des Art. 1006 der B. P. O. als eine überflüssige erscheinen lasse. Dies sei aber unrichtig, weil die Bestimmung, daß das Compromiß nichtig sei, wenn darin das Streitobjekt und die Schiedsrichter nicht benannt seien, auch dann noch guten Sinn habe, wenn das Pactum de compromittendo auch ohne jene Angaben als gültig erachtet werde. Abgesehen von diesem Angriff sei es aber nicht bedenklich, daß der Gesetzgeber, wenn er im Art. 332 des H. G. B. für einen dem vorliegenden sehr ähnlichen Fall die Clausel für zulässig erachte, daß über etwa entstehende Streitigkeiten durch Schiedsrichter entschieden werden solle, damit die Zulässigkeit eines Pacti de compromittendo ohne Angabe des Streitobjekts und der Schiedsrichter anerkannt habe und nach der Fassung des Artikels sei nicht anzunehmen, daß er nur einen Grundsatz für Versicherungen gegen Seegefahr habe

Digitized by Google

aufstellen wollen, weshalb dann der zweite Richter, wenn er ihn zur richtigen Interpretation des Art. 1006 der B. P. O. benutzte, ihn auf den vorliegenden Fall nicht analogisch oder generalisirend, wie der Gegner behaupte, und mithin nicht falsch angewendet habe, wozu noch komme, daß nach der vom Gegner angeführten Literatur — conf. auch Rhein. Arch. 31. 2. 27. — die bewährtesten Autoritäten jene Clausel für gültig erklärten, und daß, wenn der Pariser Cassationshof dieselbe in neuerer Zeit reprobirt habe, auf der anderen Seite zu erwägen sei, daß das höchsten Orts bestätigte Statut der Borussia unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts zu Stande gekommen sei, nach welchem eine solche Clausel unbedenklich rechtsbeständig sei. Eine Verletzung der Art. 1006 und 1029 der B. P. O. liege daher nicht vor. Den Art. 55 des H. G. B. habe der zweite Richter nicht einmal allegirt und könne ihn daher nicht falsch angewendet haben, den Art. 51 ibid. habe derselbe aber nur angezogen, um zu zeigen, daß der Gesetzgeber für gewisse Streitigkeiten nur das schiedsrichterliche Verfahren zulasse, und daraus geschlossen, daß die gedachte Clausel an sich erlaubt sei, worin eine falsche Anwendung dieses Artikels nicht gefunden werden könne.

Urtheil:

I. E., daß die Art. 1005 und 1006 der B. P. O. den Zeitpunkt der Perfection des Compromisses nicht und namentlich nicht bestimmen, daß die Unterwerfung unter die schiedsrichterliche Jurisdiction überhaupt, die Bestimmung der Wahlart der Schiedsrichter, deren Wahl und die genaue Bezeichnung des Streitgegenstandes in *demselben* Akte erfolgen müsse, solches daher succesſive geschehen kann, wenn nur diese Erfordernisse in *dem* Augenblick vorhanden sind, wo die Schiedsrichter ihre Verrichtungen beginnen sollen, weil sonst ihre Vollmacht fehlen und etwaige Machtüberschreitung derselben nicht zu beurtheilen sein würde;

Daß das Versprechen, die *etwaigen* aus einem Feuer-Versicherungs-Vertrage entstehenden Streitigkeiten ohne alle Ausnahme durch compromissarische Schiedsrichter entscheiden lassen zu wollen, augenfällig noch kein zur Perfection gelangtes Compromiß im Sinne des Art. 1006 der B. P. O., sondern ein Pactum de compromittendo und als solches daher hinsichts seiner Wirksamkeit nicht nach Art. 1006 l. c., sondern nach den allgemeinen Grundsätzen von den Verträgen zu beurtheilen ist;

Daß ein solches Pactum nur die Verwirklichung der gesetzlich erlaubten schiedsrichterlichen Jurisdiction bezweckt und mithin auf einem *erlaubten* Grunde beruht;

Daß nach Art. 1003 der B. P. O. alle Gegenstände der freien Verfügung — wohin nach Art. 1130 des B. G. B. auch *zukünftige* Gegenstände gehören — mithin auch *etwaige*, erst entstehende Streitigkeiten der schiedsrichterlichen Jurisdiction unterworfen werden können;

Daß nach Art. 1126 des B. G. B. die Verbindlichkeit, *Etwas zu thun*, also auch compromissarische Schiedsrichter zu ernennen, eingegangen werden kann, somit aber das gedachte Pactum einen nach Art. 1108 und 1134 des B. G. B. gesetzlich gültigen und daher zur Erfüllung verpflichtenden Vertrag darstellt, durch welchen die Verbindlichkeit, eintretenden Falls die Schiedsrichter zu ernennen und den Streitgegenstand näher zu bezeichnen, begründet wird, bei deren Nichterfüllung der Gegner auf Grund des Art. 1144 des B. G. B. befugt ist, die Streitpunkte selbst näher zu bezeichnen und die Schiedsrichter durch den Richter

Digitized by Google

ernennen zu laſſen, wodurch dieſelben aber keineswegs Zwangsſchiedsrichter im Sinne des Geſetzes werden, weil ſie nicht in Folge des Geſetzes, wie bei einer Societät, ſondern in Folge eines Vertrages und nur zu deſſen Erfüllung ernannt werden;

Daß es hiernach zum Nachweiſe des Rechtsbeſtandes der fraglichen Stipulation der Bezugnahme des Art. 332 des H. G. B. nicht einmal bedarf;*)

Daß aber an dieſem Rechtsbeſtande um ſo weniger zu zweifeln iſt, als Verſicherungen gegen Feuersgefahr mit Verſicherungen gegen Seegefahr in der Hauptſache übereinkommen, indem Beide gegen eine Prämie das Eigenthum resp. deſſen Erſatz garantiren, der Geſetzgeber aber ſelbſt im Art. 332 des H. G. B. die Befugniß der Contrahenten zu einem Pactum de compromittendo über etwa entſtehende Streitigkeiten als unzweifelhaft unterſtellt und folglich deſſen rechtliche Wirkſamkeit anerkannt hat;

Aus dieſen Gründen

verwirft der Rh. Reviſions- und Caſſationshof den Rekurs gegen das Urtheil des Kgl. Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 22. Februar 1847 unter Verurtheilung des Recurrenten in Strafe und Koſten.

Sitzung vom 12. November 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokaten: Dorn — Furbach.

Subhaſtationsverfahren. — Beſchlagnahme-Verhandlung. — Angabe der Stunde.

Die Angabe der Stunde bei der Aufnahme der Beſchlagnahme-Verhandlung iſt nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeſchrieben. Subh.-Ord. §. 5 und 32.

Hochmuth u. Conſ. — Regierung zu Trier.

Der Gerichtsvollzieher Hochmuth und deſſen Genoſſen machten den 21. April 1849 Einſpruch gegen eine wider ſie von der Kgl. Regierung zu Trier bei dem Friedensgerichte zu Dudeldorf in Vertretung der Steuerkaſſen-Verwaltung des Bezirks Gerolſtein erwirkte Beſchlagnahme von Immobilien, weil gegen den §. 5 der Subhaſtations-Ordnung die von dem Friedensrichter aufgenommene Verhandlung nicht die Stunde der Aufnahme enthalte.

Das Landgericht zu Trier verwarf durch Urtheil vom 16. Juli 1849 den Einſpruch, und der Appellationshof hielt auf eingelegte Berufung durch Erkenntniß vom 10. Dezember 1849 dieſe Entſcheidung unter Verurtheilung der Appellanten in Koſten und Strafe aufrecht, weil der §. 32 der Subhaſtationsordnung die Folge der Nichtigkeit nur hinſichtlich des §. 5 der Subhaſtations-Ordnung an die Unterlaſſung der Eintragung

*) Daß übrigens die allgemeinen Beſtimmungen des H. G. B. über die See-Verſicherung auch für andere Verſicherungen maßgebend ſein ſollen, dürfte ſich aus Art. 1964 des B. G. B. ergeben, welcher in Bezug auf den Verſicherungsvertrag im Allgemeinen auf die Geſetze über das Seewesen verweiſt. Anmerk. d. Red.

Digitized by Google

in das Hypothekenbuch und der Zustellung der Beschlagnahmeverfügung an die Subhastaten, nicht an andere Uebertretungen der Vorschriften dieses Artikels knüpfe.

Die Cassationskläger haben gegen dieses Erkenntniß rechtzeitig den Cassations-Rekurs eingelegt, den sie auf Verletzung der Art. 5 und 32 der Subhastations-Ordnung, sowie des Art. 1029 der B. P. O. gründen.

Sie deduciren: der §. 5 der Subhastations-Ordnung bestimme, was der Richter bei Verhängung der Beschlagnahme zu beobachten habe; dahin gehöre zuerst die Aufnahme einer Verhandlung mit Angabe von Jahr, Monat, Tag und Stunde. Wäre die Annahme des Appellationsgerichtshofes richtig, so würde Eintragung der Beschlagnahme in das Hypothekenbuch und Zustellung mit den Vorverhandlungen an den Subhastaten genügen, wenn sich gleich der Friedensrichter über alle Vorschriften des §. 5 hinweggesetzt hätte; denn die wirkliche Beschlagnahme beruhe Dritten gegenüber auf der Eintragung, in Beziehung auf den Schuldner auf der Zustellungs-Handlung, die Handlung des Richters dagegen könnte gänzlich formlos sein.

Der §. 32 sage:

Absch. 2. „Wenn der Vorschrift des §. 5 nicht nachgekommen ist, und die Eintragung in die Hypothekenregister, so wie die Zustellung an den Schuldner nicht geschehen sind, so bleibt der Zahlungsbefehl zwar gültig, die darauf folgenden Verhandlungen sind aber nichtig."

Die Worte „und die Eintragung u. s. w." seien nicht Einschränkung der in den ersten Worten an Nichtbefolgung des §. 5 allgemein geknüpften Nichtigkeit, sondern vielmehr ein selbstständiger Zusatz, da der §. 5 zwar vorschreibe, der Richter solle die Eintragung der Beschlagnahme in die Hypothekenregister, sowie die Zustellung an den Schuldner verfügen, jedoch selbst keine Bestimmung darüber enthalte, daß beides durch den Extrahenten bewirkt werden müsse. Der angeführte Grundsatz ergänze mithin den ersten Theil des Absatzes, indem er die Nichtigkeit, welche mit Fehlern des Richters verknüpft worden, auf die Nichtbefolgung der richterlichen Verfügung wegen der Eintragung und Zustellung ausdehne.

Da nun die Angabe der Stunde der Verhandlung zu den richterlichen Pflichten nach §. 5 gehöre, und nach Art. 1029 der B. P. O. keine Nichtigkeit blos comminatorisch sei, so verletze die Entscheidung die angeführten Gesetzesstellen.

Für cassationsbeklagte Regierung dagegen wird ausgeführt:

Die Wirkungen der Beschlagnahme (§. 6) nähmen erst mit Zustellung und Dritten gegenüber mit Eintragung der Beschlagnahmeverfügung ihren Anfang. Auf die Stunde der Verhandlung komme es also nur gemäß §. 7 an, um bei mehreren Gesuchen nach der Priorität den Extrahenten des Verfahrens zu bestimmen. Das Wort „und" in dem Absatz 2 des §. 32 sei also declarativ zu nehmen. Nicht an jede Verletzung des §. 5 werde Nichtigkeit geknüpft, sondern nur an die beiden Akte, durch welche die Beschlagnahme ihre Wirkungen erhalte. In allen andern Nichtigkeitsvorschriften des §. 32 werde genau das einzelne Erforderniß bezeichnet, dessen Versäumung Nichtigkeit zur Folge haben solle. Man müsse annehmen, bei der Fassung des Gesetzes habe hinsichtlich des §. 5 die nämliche Präcision beobachtet werden sollen, und deshalb seien speziell mit dem Zusatze „und die Eintragung u. s. w." diejenigen Erforder-

Digitized by Google

nisse des §. 5 bezeichnet, deren Beobachtung das Gesetz durch Androhung der Nichtigkeitsfolge zu sichern beabsichtigt habe.

Wenn Cassationskläger meinen, dieser Deutung nach könne der §. 5 gänzlich unbefolgt bleiben, so werde übersehen, daß die Verhandlung dem Schuldner zugestellt werden müsse und daß die Eintragung auf einer Ausfertigung der Verhandlungs-Urkunde bescheinigt werden solle, mithin ohne Aufnahme derselben den Erfordernissen der Zustellung und Eintragung nicht genügt werden könne. Es enthalte die Entscheidung also keine Verletzung der §§. 2 und 5 der Subhastations-Ordnung und verletze auch den Art. 1029 der B. P. O. nicht, weil weder eine für den Mangel der Stunden-Angabe angedrohte Nichtigkeit vorliege, noch der Art. 1029 auf andere, als die in der B. P. O. angedrohten Nichtigkeiten Anwendung finde.

urtheil:

In E., daß der §. 32 der Subhastations-Ordnung zwar die Nichtbeachtung der Vorschriften des §. 5 im Ganzen mit Nichtigkeit bedroht, aber nicht an jeden Fehler gegen den Inhalt dieses Paragraphen in unwesentlichen Dingen die Nichtigkeitsfolge geknüpft hat, daß aber die Angabe der Stunde der Aufnahme des Gesuches offenbar unwesentlich ist, da sie nur dazu dient, in dem hier nicht vorhandenen Falle der Concurrenz mehrerer Gesuche, die Person des Extrahenten zu bestimmen:

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Kgl. Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 10. Dezember 1849 eingelegten Cassationsrekurs und verurtheilt die Cassationskläger in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 10. Dezember 1850.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Daniels — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokaten: Dorn — Reusche.

Sondergut der Ehefrau. — Theilung desselben zwischen den Miteigenthümern und der Ehefrau durch den Ehemann.

Die von Eheleuten vor Auflösung der Gütergemeinschaft angehobene Klage auf definitive Theilung eines vom Ehemanne während der Ehe zwischen den Miteigenthümern und der Ehefrau provisorisch getheilten Sondergutes ist zulässig und kann nicht als zu voreilig angestellt betrachtet werden. Art. 815 818 des B. G. B.

Eheleute Wickert — Eheleute Tullius.

Gegen das im Arch. 39. 1. 1. ff. *) mitgetheilte Urtheil des A. G. H. vom 20. Februar 1845 ist Seitens der Eheleute Wickert der Cassationsrekurs angemeldet worden, zu dessen Begründung sie eine Verletzung

*) Wie früher, so wird auch hier nur dasjenige aus diesem Rechtsstreite mitgetheilt, was auf den obigen Grundsatz Bezug hat. — Man sehe auch die Anmerkung l. c. S. 4.

der Art. 1119, 1120, 1134, 1401, 1402, 1421 und vor Allem der Art. 815 und 818 des B. G. B. behaupteten. In dieser Hinsicht wurde ausgeführt: Aus Art. 818, insbesondere aus den Worten desselben: il (le mari) peut seulement, s'il a le droit de *jouir* des biens de sa femme, demander un partage *provisionel*, ergebe sich klar, daß der Ehemann eine Theilung der Güter seiner Ehefrau nur in so fern veranlassen könne, als es sich von der Jouissance handle und eine von ihm vorgenommene Theilung nur in soweit gültig sei, als er eben nichts gethan und gewollt habe, als diese Jouissance zu theilen. Der Theilungsakt vom 1. März 1838 habe aber nicht die Jouissance, sondern die Propriété zum Gegenstande und zum Zwecke gehabt. Dies gehe aus dem Inhalte des Aktes hervor, sei von den Parteien anerkannt, und durch das angegriffene Urtheil in facto festgestellt. Der Akt sei also nach Art. 818 des B. G. B. nichtig gewesen, und sei es eine falsche Schlußfolge, die der Appellationshof gezogen, daß, weil eine schließliche Theilung durch den Akt nicht habe zu Stande kommen können, die hierin enthaltene Uebereinkunft als eine provisorische zu betrachten sei. Zugleich liege aber in dieser Schlußfolge eine Verletzung des bezogenen Art. 818. Nach Art. 1402 stehe ferner fest, daß der Ehemann kein Eigenthum an dem seiner Ehefrau zugefallenen Hause habe. Die Annahme des Appellationshofes, daß der Ehemann dies Eigenthum seiner Ehefrau auch nur vorläufig habe übertragen können, verletze mithin sowie den angeführten Artikel auch die Rechtsregel: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. Eine Garantiepflicht aber könne nur aus einem gültigen, nicht aber einem nichtigen Akte entstehen. Die Erörterung in dem angegriffenen Urtheile darüber, ob der Ehemann entwähren dürfe, da er gewähren müsse, sei folglich für eine ganz müssige zu halten. Wer mit dem Ehemanne eine provisorische Theilung schließe, müsse wissen, daß die Ehefrau nach Art. 815 berechtigt sei, zu jeder Zeit eine definitive zu verlangen. Sollte aber in diesem Falle der Ehemann als regreßpflichtig in Anspruch genommen werden, so stehe demselben die exceptio doli generalis zur Seite. Art. 1119 und 1120 gäben übrigens die Mittel an Hand, auf welche Weise eine solche Regreßpflichtigkeit wirklich begründet werden könne und: jura vigilantibus scripta. Es sei ferner ein Verstoß gegen die Logik, wenn man die Ehefrau mit der Klage auf Theilung der nuda proprietas um deswillen zurückweise, weil sie nur die nuda proprietas, nicht aber die Jouissance habe. Aus den vom vorigen Richter herangezogenen Art. 1401 und 1421 des B. G. B. gehe gerade hervor, daß nur die Früchte zur ehelichen Gütergemeinschaft gehörten, und der Ehemann nur über diese verfügen könne. Die entgegengesetzte Folgerung, die der vorige Richter aus Art. 818 des B. G. B. gezogen, sei eine petitio principii. Nach Art. 815 könne Niemand gezwungen werden in Gemeinschaft zu bleiben und Art. 818 enthalte keine Beschränkung dieses Grundsatzes.

Die Cassationsverklagten erwiderten hierauf: In dem angegriffenen Urtheile sei thatsächlich festgestellt, daß die Uebereinkunft vom 1. März 1838 eine provisorische Theilung sei. Nach Art. 818 des B. G. B. sei eine solche Theilung ein Recht des Ehemannes, und somit als ein rechtmäßig abgeschlossener Vertrag nur mit gegenseitiger Einwilligung oder aus gesetzlichen Gründen widerruflich (Art. 1134 des B. G. B.) Eine Verletzung der Art. 1119, 1120, 1401, 1402 und 1421 könne nicht vorhanden sein, weil über die Substanz des Vermögens nicht verfügt worden;

Digitized by Google

dagegen seien die Bestimmungen der Art. 815, 818 und 1134 desselben Gesetzbuches als zutreffend in Anwendung gebracht.

Urtheil:

In E., daß die unbeweglichen Güter, welche der Ehefrau während der Ehe anfallen, nach Art. 1404 des B. G. B. zur ehelichen Gütergemeinschaft nicht gehören, daß gemäß Art. 818 desselben Gesetzbuches der Ehemann daher nicht berechtigt ist, die Theilung jener Güter gegen die etwa vorhandenen Miteigenthümer derselben ohne Beistimmung seiner Ehefrau in Antrag zu bringen, demselben vielmehr ohne diese Einwilligung, wie der bezogene Artikel ausdrücklich bestimmt, nur gestattet ist, eine provisionelle Theilung der besagten Güter zu verlangen, daß unter letzterer aber, im Gegensatz zur definitiven, der Wortbedeutung zu Folge nur eine solche verstanden werden kann, welche dem Bedürfnisse einer sofortigen Sonderung der Verwaltung und Benutzung der fraglichen Güter Genüge leistend, vorläufig bis zur eintretenden schließlichen und entscheidenden Theilung in Ansehung aller bis zu diesem Zeitpunkte erfallenden Nutzungen von voller Wirksamkeit ist; daß die Dauer dieser provisionellen Theilung durch kein Gesetz festgestellt ist; daß mithin das den Miteigenthümern nach Art. 815 des B. G. B. zustehende Recht, zu jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, durch die Anordnung der vorerwähnten provisorischen Maaßregel keine Beschränkung erleiden kann, daß der Rh. Appellationshof daher, indem er die von dem Cassationskläger erhobene Theilungsklage als zu voreilig zurückgewiesen, Art. 818 des B. G. B. falsch angewendet und Art. 815 desselben Gesetzbuchs verletzt hat; daß übrigens in Ansehung der Frage, ob der den jetzigen Cassationsverklagten durch das Urtheil des Landgerichtes vom 21. März 1844 nachgelassene Beweis erbracht sei, eine Entscheidung des Appellationshofes nicht erfolgt ist.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Rh. Appellationshofes vom 20. Februar 1845 unter Verurtheilung der Cassationsverklagten in die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens, die Kosten der zweiten Instanz vorbehaltend, verweist dann die Sache zur weitern Verhandlung vor den Appellationshof, jedoch einen andern Senat, als welcher hierin erkannt hat, zurück.

Sitzung vom 4. März 1851.

Ref.: H. G. O. R. M. Brewer — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokaten: Volkmar — Dorn, Deyks.

Holzdiebstahlsgesetz. — Cassationsrekurs. — Forstverwaltung. — Angabe der Qualität des protocollirenden Forstbeamten.

Unter der Herrschaft des Holzdiebstahlsgesetzes vom 7. Juni 1821 ist der von der Forstverwaltung gegen ein freisprechendes Urtheil erhobene Cassationsrekurs unzulässig. *)

Die gesetzliche Glaubwürdigkeit eines Frevelprotocolles ist nicht

*) M. vergl. Arch. 40, 2.-63.

durch die Angabe der Amtsqualität bei der Unterschrift des protocollirenden Forstbeamten bedingt. *)

Kaublen — Oeffentl. Ministerium — Heinen.

Auf den Grund eines, von dem Oberförster Fechner eingereichten, Frevel-Protokolles wurde Heinrich Heinen, Drechsler zu Hasenfeld, mit der Anschuldigung, am 1. März 1850 eine Eiche, im Werthe von 5 Thlr. 24 Sgr. im District Linkhold abgeschnitten und entwendet zu haben, vor das Forstpolizeigericht zu Gemünd geladen.

Auf dem Frevelprotokolle befindet sich die Unterschrift „Jansen" ohne Beifügung der amtlichen Qualität des Protokollanten, welcher indessen bei seiner amtseidlichen Affirmation desselben vor dem Bürgermeister von Heimbach als Hülfsaufseher bezeichnet ist.

In der Sitzung behauptete der Angeklagte, die fragliche Eiche auf dem Eigenthume des Ackerers Schruff, von dem er sie gekauft, gefällt zu haben. Eine weitere Erörterung und die Vernehmung des ꝛc. Jansen ist hierauf nicht erfolgt, vielmehr erließ das Forstpolizeigericht, dem Antrage des öffentlichen Ministeriums gemäß, ein freisprechendes Urtheil, und zwar mit dem Erwägungsgrunde:

„daß der Protokollant in dem von ihm am 2. März d. J. gegen den Beschuldigten errichteten Protokolle seine Amtsqualität anzugeben unterlassen hat, dem letztern daher kein Glauben beizumessen ist."

Gegen dieses am 16. Mai 1850 erlassene Urtheil meldete am folgenden Tage auf der Gerichtsschreiberei der Forstmeister Kaublen den Cassationsrekurs an, weil die unterlassene Angabe der amtlichen Qualität des Hülfsaufsehers Jansen den von ihm aufgenommenen Protokollen die ihnen vom Gesetze beigelegte Glaubwürdigkeit nicht entziehen könne, zumal der ꝛc. Jansen in der Sitzung des Forstpolizeigerichts anwesend gewesen sei, und über seine amtliche Qualität hätte vernommen werden können.

Nach erstattetem Berichte und nachdem der General-Prokurator Jaehnigen in seinem Antrage gehört worden, welcher dahin ging: das Cassationsgesuch der Forstverwaltung für unstatthaft zu erklären, sodann ihm Urkunde zu ertheilen, daß er gegen das vorliegende Urtheil vom 16. Mai v. J., insofern dasselbe den Cassationsverklagten freigesprochen hat, weil der protokollirende Hülfsförster in dem Frevelprotokolle seine Amtsqualität nicht angegeben, den Cassationsrekurs im Interesse des Gesetzes, und zwar wegen darin liegender Verletzung der §§. 11 und 20 des Holzdiebstahlsgesetzes vom 7. Juni 1821, sowie der Kabinets-Ordre vom 19. Februar 1842 eingelegt; demgemäß auf diesen Rekurs zu Recht erkennend, das angefochtene Urtheil, jedoch blos im Interesse des Gesetzes und ohne Nachtheil für die Parteien zu cassiren, und die Beischreibung des zu erlassenden Urtheils am Rande des zu cassirenden zu verordnen, erging folgendes

Urtheil:

In E., daß zwar nach §. 5 des Gesetzes über die Competenz der Friedensgerichte vom 7. Juni 1821 die Verfolgung der Forstfrevel wie bisher auf Betreibung der Forstverwaltung geschieht, daß aber nach §. 9 dieses Gesetzes bei Untersuchung und Bestrafung der Holzdiebstähle das Holzdiebstahlsgesetz vom nämlichen Tage in den Rheinprovinzen zur Anwendung kommt;

*) Vergl. Arch. 7, 2. 44. u. 8, 2. 77.

Digitized by Google

Daß nun der §. 13 des Holzdiebstahlsgesetzes, welches in seiner Einleitung die früher über diesen Gegenstand ergangenen Verordnungen aufhebt, vorschreibt, daß das öffentliche Ministerium die eines Holzdiebstahls Beschuldigten vor das Polizeigericht laden lassen soll;

Daß die Befugniß zur Einlegung der Rechtsmittel eine Folge des Rechtes, als Partei aufzutreten, bildet und mithin auch diese durch den citirten §. 13 der Forstverwaltung entgegen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den von der Kgl. Forstverwaltung zu Gemünd wider das Urtheil des Forstpolizeigerichtes zu Gemünd vom 16. Mai v. J. eingelegten Cassationsrekurs als unannehmbar;

Und, indem er demnächst auf den von dem Kgl. General-Prokurator am Rh. Revisions- u. Cassationshofe im Interesse des Gesetzes eingelegten Cassationsrekurs erkennt;

In E., daß das Gesetz vom 7. Juni 1821 für das Verfahren bei einfachen Holzdiebstählen neue Vorschriften gegeben hat, welche an die Stelle der früher dafür bestehenden getreten sind;

Daß hiernach zur Einleitung des Verfahrens die Einreichung eines Verzeichnisses der vorgefallenen Holzdiebstähle durch die Forstbeamten, und bei demselben, in sofern der Oberförster es aufstellt, außer seiner auch die Unterschrift des Unterförsters, welcher den Holzdiebstahl entdeckt hat, erfordert ist, (§. 11 a. a. O.)

Daß hierbei eine ausdrückliche Angabe der Qualität des protokollirenden Forstbeamten als formelles Erforderniß des Verzeichnisses nicht aufgestellt ist;

Daß dagegen nach §. 14 a. a. O. dieser Forstbeamte unaufgefordert am Gerichtstage zugegen sein muß, und daß nach §. 19 im Falle des Läugnens von Seiten des Angeschuldigten, der Beweis durch die Angabe des Forstbeamten, vorbehaltlich eines von dem Angeschuldigten sofort zu führenden Gegenbeweises beizubringen ist;

Daß die Beweiskraft dieser Angabe zwar von der im §. 20 daselbst näher bezeichneten amtlichen Qualität des Forstbeamten abhängt; daß jedoch dieselbe sowohl durch die Vernehmung desselben als durch Bezugnahme auf das zufolge der ferneren Vorschrift des §. 20 bei dem Forstgerichte hinterlegte Vereidigungsprotokoll dargethan werden kann;

Daß durch diese neuere Gesetzgebung in Beziehung auf einfache Holzdiebstähle die ältern, im Art. 154 der Cr. P. O. und im Art. 13, Tit. IX. des Gesetzes vom 15 — 29. September 1791 enthaltenen Vorschriften über die Form der amtlichen Protokolle der Forstschutzbeamten aufgehoben sind;

Daß hiernach bei einem durch die Forstverwaltung eingereichten Frevelverzeichnisse die amtliche Bezeichnung des protokollirenden Forstbeamten kein formelles Erforderniß ist, und mithin das Forstpolizeigericht zu Gemünd, indem es blos wegen des Mangels derselben ohne Aufnahme des Beweises durch die mündliche Abhörung des Forstbeamten, den Angeschuldigten freisprach, die §§. 11 und 19 des Gesetzes vom 7. Juni 1821 verletzte.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- u. Cassationshof, jedoch nur im Interesse des Gesetzes und ohne Nachtheil für den Beschuldigten, das Urtheil des Forstpolizeigerichts zu Gemünd vom 16. Mai v. J. und verordnet die Beischreibung dieses Urtheiles am Rande des cassirten.

Sitzung vom 4. März 1851.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Zweite Abtheilung

B.

Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Gehört der Art. 759 der B. P. O. nur dem Prozeß- oder auch dem materiellen Rechte an?

Diese Frage ist — beim Vorhandensein folgender Thatsachen — zur Entscheidung gekommen:

Die hypothekarischen Gläubiger H. et Cp. hatten sich in dem gegen ihren fallirten Schuldner G. eingeleiteten Collokations-Verfahren, — obgleich gehörig aufgefordert, — nicht gemeldet, weil es den Anschein hatte, als würde der ganze zu vertheilende Immobilar-Verkaufs-Preis von dem Range nach, vorstehenden Hypothekar-Gläubigern aufgezehrt werden.

In Folge eines Einspruchs des Syndiks der G.'schen Masse gegen den provisorischen Collokations-Plan, wurden aber mehre Gläubiger aus diesem Plane wieder gestrichen, so daß bei Abschluß des definitiven Collokations-Planes eine erhebliche Summe übrig blieb, welche dem Syndik zugewiesen werden mußte, nachdem die Ausschließung der übrigen Gläubiger, und die Löschung der Hypotheken-Eintragungen verfügt worden war.

Die Gläubiger H. et Cp. machten nun Einspruch gegen die Auszahlung des Rest-Kauf-Geldes an den Syndik, beziehungsweise an die Chirographar-Gläubiger der G.'schen Masse, indem sie behaupteten: mit ihrer hypothekarischen Forderung immer noch den letzten vorgehen zu müssen.

Bei Beurtheilung dieses Einspruchs ergaben sich zwei entgegenstehende Ansichten über die Auslegung des hier entscheidenden Art. 759 der B. P. O.

I. Ansicht.

J. E. . . . daß der augenscheinliche und vorliegende Grund der Verordnung im Art. 759 der B. P. O. unzweifelhaft kein anderer ist, als das betreffende Grundstück auch formell von der hypothekarischen Last zu befreien, zu deren Befriedigung dasselbe verkauft worden ist, und den nützlich untergekommenen Gläubigern schließlich unter sich den Rang anzuweisen, der ihnen nach Maßgabe ihrer Privilegien oder hypothekarischen Eintragungen gebührt, — daß ein fernerer Zweck dem Collokations-Verfahren, zu dessen Vorschriften der fragliche Artikel gehört, auch ganz fremd ist, — daß keine bestimmte Gesetzes-Vorschrift, und daß noch weniger die Natur der Sache oder die Billigkeit darauf hinweisen, daß bei der Möglichkeit des späteren Ausfalls nützlich locirter Gläubiger, oder des späteren Eingehens verloren gegebener Kaufpreise, die neuerwachsene Masse den Chirographar-Gläubigern zufallen, und denjenigen Hypothekar-Gläubigern (als solchen) entzogen werden solle, die in dem bestimmten Collokations-Verfahren, wegen damaligen Mangels einer hinlänglichen Masse, oder selbst wegen ihrer Sorglosigkeit, von der Locirung ausgeschlossen und ihrer Rechte und Eintragungen für verlustig erklärt worden sind; — daß der

Digitized by Google

Art. 758 das. gar nicht hierher zu ziehen ist, da derselbe rein prozessualisch nur von Bestreitung des angewiesenen Platzes, die Säumigen ausschließt, — daß kein Grund vorliegt zwischen demjenigen Gläubiger, der wegen Mangels einer hinreichenden Masse ausgeschlossen worden ist, und demjenigen, der ausgeschlossen wurde, weil er nicht producirt hat, in einer solchen Lage der Sache noch zu unterscheiden, — daß aber wenn ein Unterschied zwischen beiden gemacht werden sollte, dieser doch nur darin gefunden werden könnte, daß letzter so anzusehen wäre, als hätte er auf sein Vorzugsrecht verzichtet; — daß ein solcher Verzicht aber keinenfalls weiter angenommen werden darf, als die ihn begründende Handlung nothwendig reicht, — daß dieses im Collokations-Verfahren nur ein Verzicht den producirenden Hypothekar-Gläubigern gegenüber sein würde, nicht aber zugleich dem Gemeinschuldner und den Chirographar-Gläubigern gegenüber, welche letzten sich am Verfahren gar nicht betheiligen; — daß für die vorliegende Entscheidung der etwaige Unterschied daher jedenfalls verschwindet; — Daß nun zwar behauptet werden könnte, daß durch die Löschungs-Verordnung einer Seits, und die Verlustigungs-Erklärung anderen Seits, nicht bloß die Eintragung, sondern das Hypotheken-Recht selbst doch objektiv getroffen werden sollte, um ein für alle Mal in dem eingeleiteten Collokations-Verfahren die verschiedenen Rechte zu ordnen; — daß indessen die Eintragung nichts Anderes, als die zur Verwirklichung nothwendige äußere Darstellung des genommenen hypothekarischen Rechtes ist, — daß das hypothekarische Recht auf das Grundstück, materiell, schon durch den Verkauf des Letzten verloren geht, und sich auf den stellvertretenden Kaufpreis wirft, — daß daher kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß mit der Vernichtung der ohnehin inhaltlos gewordenen formellen Verpflichtung des Grundstückes, auch der Rest des mit der materiellen Hypotheken-Verpflichtung einmal belasteten Kaufpreises aufhören sollte Träger dieser Verpflichtung zu sein, so lange er als stellvertretendes Objekt des Grundstückes erkennbar und nicht in dritte Hände übergegangen ist; — daß die im Art. 759 der B. P. O. vorgesehene Verlustigungs-Erklärung, daher nur als eine prozessualische Verfügung in dem bestimmten Collokations-Verfahren betrachtet werden muß, — daß hiernach der Gemein-Schuldner und die Chirographar-Gläubiger keine größeren Rechte, als sie früher hatten, an einem solchen Kaufpreis-Rest dadurch erwerben können, daß in einem Collokations-Verfahren den Vorschriften jenes Artikels genügt worden ist, — daß mithin beide auch nach Beendigung des Collokations-Verfahrens dem besseren Rechte des Hypothekar-Gläubigers nachstehen müssen, so lange wie hier, der Kaufpreis-Rest, als solcher noch erkennbar vorliegt; ꝛc. ꝛc.

II. Ansicht.

J. E. daß ..... es sich fragt, ob das erlangte hypothekarische Vorzugs-Recht nicht nothwendig dadurch wieder verloren gegangen sei, daß bei dem Schlusse des in Mitte liegenden Collokations-Verfahrens, in Gemäßheit des Art. 759 der B. P. O., die Löschung der bewirkten hypothekarischen Eintragung ausgesprochen und die Gläubiger ihres Rechtes für verlustig erklärt worden sind? — Daß nach den Worten der bezogenen Gesetzesstelle, an sich, ein erheblicher Zweifel hieran nicht entstehen kann, da der Verlust des Rechtes d. h. des Privilegiums oder des hypothekarischen Vorrechtes, ganz allgemein verordnet, und dabei eine Rücksicht auf den ohnehin seltenen Fall gar nicht genommen ist, daß durch späteren

Digitized by Google

Ausfall nützlich locirter Gläubiger, oder sonst wie, noch ein Ueberschuß des zu vertheilenden Kaufpreises entstehen kann, während, wie hier, noch hypothekarische Gläubiger vorhanden sind, welche — in der Unterstellung, daß sie doch nicht unterkommen würden, — gar nicht producirt haben, oder, welche zwar producirt haben, aber wegen Mangels einer hinreichenden Masse ausgeschlossen werden mußten, und gegen diesen provisorischen Bescheid kein Rechtsmittel einlegten; — daß letzten gegenüber das Festhalten an der einmal ausgesprochenen Verlustigungs-Erklärung allerdings ein, vom materiellen Rechte ganz abgelöster Zufall sein würde, da sie leichtlich außer Stande sein konnten, mit eignen juristischen Mitteln den provisorischen Status anzugreifen; — Daß für Erste aber in sofern eine Beschwerde in jenem Festhalten nicht liegt, als ihr Nicht-Produciren einen Verzicht auf die Geltendmachung ihres hypothekarischen Vorrechtes in sich schließt, und dieser Verzicht nicht bloß den producirenden Gläubigern, sondern auch dem, nach Art. 755 der V. P. O. im Verfahren gegenwärtigen Gemeinschuldner gegenüber geleistet worden ist, daß er mithin auch dem Gemeinschuldner, und, durch ihn, seinen Chirographar-Gläubigern zu Gute kommt, so daß der fragliche Kaufpreis-Rest ohne Weiteres der Masse zuwächst; — Daß hiergegen sich zwar aufstellen läßt, daß die materielle Wirkung des hypothekarischen Rechtes durch den Umschlag des belasteten Grundstückes auf den stellvertretenden Kaufpreis hinübergeworfen worden sei, — daß der Art. 759 das. mithin nur die formelle Befreiung des Grundstückes zum Gegenstand haben könne, in so fern ein Purgations-Verfahren hier nicht vorgegriffen hätte, — und daß daher der fragliche Kaufpreis-Rest mit dieser materiellen hypothekarischen Verpflichtung auch wenigstens so lange belastet bleiben müsse, als er sich noch als einen Theil der Grundstücks-Vertretung erkennen lasse und nicht in die Hände Dritter übergegangen sei, — daß indessen, das Collokations-Verfahren grade deshalb eingeführt worden ist, damit die bevorzugten Gläubiger dort ihre Ansprüche geltend machen sollen, — daß die Fortdauer des materiellen Hypotheken-Rechtes auf dem an sich mobilaren Kaufpreise eine nothwendige juristische Unterstellung sein mag, so lange das Collokations-Verfahren dauert, — daß sie aber beim Schluß dieses Verfahrens jede Berechtigung verliert, — und daß ebenfalls grade deshalb der bezogene Art. 759 nicht bloß die Löschung der hypothekarischen Einschreibung zu verordnen befiehlt, sondern auch den Verlust des hypothekarischen *Rechtes* gegen die nicht nützlich untergekommenen, und nicht-producirenden Gläubiger ausspricht, — daß mithin die Vorschriften jenes Artikels auch dem *materiellen* Rechte, und nicht blos dem Prozesse angehören, daß demzufolge nach deren Erfüllung der Kaufpreis-Rest von der unterstellten materiellen hypothekarischen Verpflichtung eben so frei wird, wie das Grundstück von der ihm nur noch anklebenden formellen Verpflichtung, — daß er also ganz frei zur Masse zurückfließt, und dort einen, allen Gläubigern des Gemein-Schuldners gleich angreifbaren Vermögens-Theil darstellt; ꝛc. ꝛc.

Bei dem Kgl. Landgerichte zu Elberfeld ist am 24. Dezember 1849 nach der ersten Ansicht entschieden worden. Uebrigens conf. Carré, Chauveau ad art. 759. Nr. 2576 quinquies.

Digitized by Google

Zur Verordnung vom 11. Mai 1843 über die Competenz der Friedensgerichte.

(Fortsetzung.)

II. Arrestverfahren.

1. Die Befugniß der Friedensrichter, in Fällen, welche sie für dringend erachten, die Ermächtigung zum Arrestschlage zu ertheilen, ist von einer Höhe der geforderten Summe nicht abhängig.

Kappe — Funke.

J. E., daß Opponent auf Vernichtung des gegen ihn auf Grund des Art. 819 der B. P. O. eingeleiteten Exekutions-Verfahrens und auf Aufhebung der Beschlagnahme anträgt, weil die geforderte Pachtsumme den Betrag von 100 Thlr. übersteigt und die Ermächtigung zum Arrestschlage nicht vom Friedensgericht habe ertheilt werden können;

Daß gleichwohl die Befugniß zur Gestattung von Arrestanlagen den Friedensgerichten in den von ihnen für dringend erachteten Fällen des §. 7 der Verordnung vom 11. Mai 1843 unbeschränkt ertheilt, und nur das Erkenntniß über die Gültigkeit des Arrestes der friedensrichterlichen Competenz mit der Beschränkung auf die Competenzsumme, wie solche durch §. 1 des gedachten Gesetzes im Allgemeinen fixirt worden, unterworfen worden ist, eine Bestimmung, die in erster Beziehung offenbar darin ihren besondern Grund hat, um den Arrestimpetranten durch schleunigere Erwirkung des Arrestes gegen die Handlungen seines Schuldners sicher zu stellen.

Aus diesen Gründen

verwirft das Landgericht in contumaciam gegen Oppositen die vorläufige Einrede des Opponenten u. s. w.

Landgericht zu Köln. I. Kammer.

Sitzung vom 21. November 1843.

Advokaten: Flosbach — Bloemer.

2. Wenn Drittarrest (saisie arrêt) angelegt ist auf Grund einer Ermächtigung des Friedensrichters des Wohnorts des Drittarrestaten, so hat der Friedensrichter des Wohnorts des Arrestverklagten über die Gültigkeit des Arrestes zu erkennen, sofern die Forderung die friedensrichterliche Competenz nicht übersteigt.

Der Umstand, daß der Arrestkläger in Besitz eines Titels ist, hindert nicht, daß in dringenden Fällen auf Ermächtigung des Friedensrichters Arrest angelegt und beim Friedensgerichte durchgeführt werde.

Verordn. vom 11. Mai 1843 §. 7.

Digitized by Google

Stemmeler — Wolff-Metternich.

Der Graf von Wolff-Metternich ließ auf Grund einer von dem Friedensrichter zu Lechenich ertheilten Ordonnanz bei dem Notar Ganfen zu Lechenich als bestellten Empfänger der Kaufschillinge von Immobilien an welchen die Eheleute Stemmeler zu Stotzheim betheiligt waren, gegen die letztgedachten Eheleute für einen Betrag von 29 Thlr. 8 Sgr. 4 Pfg. Arrest anlegen, und sodann die Eheleute Stemmeler als Schuldner vor das Friedensgericht ihres Domizils (Köln Nro. III.) abladen, um den Arrest für gültig erklären zu hören. Die Verklagten schützten die Einrede der Incompetenz vor, indem sie behaupteten, daß der §. 7 des Gesetzes vom 11. Mai 1843 nur demjenigen Friedensgerichte die Befugniß ertheile, über die Gültigkeit des Arrestes zu erkennen, welches die Ermächtigung dazu ertheilt habe, und daß diese die Competenz eines Ausnahmegerichts betreffende Bestimmung nicht ausdehnend, sondern nur stricte interpretirt und angewendet werden könne.

Das Friedensgericht verwarf die Incompetenzeinrede; hiergegen die Berufung, und wurde in zweiter Instanz für die Appellanten noch weiter geltend gemacht, daß Arrestkläger einen schriftlichen Titel über die Schuld besitze, worüber im Läugnungsfalle der Eid deferirt werde, daß Arrestkläger daher überhaupt nicht vor dem Friedensgericht, sondern ohne vorherige Ermächtigung vor dem Landgericht die Arrestprozedur zu führen gehabt habe.

Das Kgl. Landgericht zu Köln erließ folgendes bestätigende

Urtheil:

J. E., daß der §. 7 des Gesetzes vom 11. Mai 1843 die Competenz der Friedensgerichte nur im Allgemeinen dahin erweitert hat, daß sie in dringenden Fällen die Ermächtigung zum Arrestschlag ertheilen und über die Gültigkeit eines Arrestes erkennen können, zu dem sie die Ermächtigung ertheilt haben, ohne die Competenz der Friedensgerichte unter sich näher anzugeben;

Daß nun zwar nach den allgemeinen Competenzbestimmungen immer nur der Friedensrichter, in dessen Bezirk der Arrestverklagte sein Domizil hat, über die Gültigkeit des Arrestes erkennen kann, während es nach der Fassung des §. 7 dagegen zweifelhaft ist, ob dieser Friedensrichter nur in dem Falle erkennen könne, wenn er selbst auch die Ordonnanz zum Arrestschlag ertheilt hat, oder auch in dem andern Falle, wo dieselbe von dem Friedensrichter, in dessen Bezirk der Drittarrestat wohnt, ertheilt worden ist;

Daß daher zur Lösung dieses Zweifels auf die Absicht des Gesetzes zurückgegangen werden muß;

Daß es aber, da diese Absicht unzweifelhaft dahin gerichtet ist, daß in dringenden Fällen auch in Arrestsachen das einfachste Verfahren Platz greifen solle, offenbar nicht weiter darauf ankommen kann, von welchem Friedensrichter diese Dringlichkeit festgestellt und demgemäß die Ermächtigung zum Arrestschlag ertheilt worden ist;

Daß daher auch im vorliegenden Falle die Competenz des Friedensgerichts Nro. III. dahier mit Unrecht aus dem Grunde bestritten wird, weil es nicht selbst, sondern dasjenige zu Lechenich, in dessen Bezirk der Drittarrestat wohnt, die Erlaubniß zum Arrestschlage gegeben habe;

Digitized by Google

Daß aber auch die weitere Behauptung des Appellanten, daß Appellat ſich in dem Beſitz eines Titels befunden und es daher einer Ermächtigung zum Arreſte, wodurch allein die Competenz des Friedensgerichts begründet worden, gar nicht bedurft habe, dieſe Competenz ebenſowenig beſeitigen kann, weil Appellat in keiner Weiſe gezwungen war, dieſes Titels ſich zu bedienen, und weil noch weniger Umſtände angeführt werden, aus denen die Abſicht deſſelben, durch die Zurückhaltung ſeines Titels den Appellanten der Cognition des Landgerichts zu entziehen, ſich herleiten ließe;

Daß der in dieſer Hinſicht dem Appellaten zugeſchobene Eid daher unerheblich iſt und demnach die Berufung als unbegründet verworfen werden muß;

Aus dieſen Gründen

verwirft das Kgl. Landgericht, erſte Civilkammer, die Berufung gegen das Urtheil des Kgl. Friedensgerichts Nro. III. der Stadt Köln vom 14. Juli 1848 als unbegründet u. ſ. w.

Landgericht zu Köln. I. Kammer.

Sitzung vom 2. Januar 1849.

Advokaten: Schumacher — Correns.

Wenn beim erſten Anblicke die Worte des §. 7 der Verordnung vom 11. Mai 1843: „zu dem ſie die Ermächtigung ertheilt haben" den Schein erregen, als ſei bei der Klage auf Gültigkeit die Competenz des Friedensrichters dadurch bedingt, daß er ſelbſt die Ermächtigung zum Arreſte ertheilt habe, ſo wird durch die Reflexion: daß alsdann ohne allen Grund und Zweck eine ſehr bedeutende Zahl von Arreſten der beabſichtigten Ausdehnung der friedensrichterlichen Competenz entzogen ſein würde, die Annahme begründet: daß nur ein unvorſichtiger Gebrauch der Relative: „ihnen" und „ſie" ſtatt „die Friedensgerichte" in §. 7 vorliege, und daß das Geſetz ſagen will: „Auch ſteht den Friedensgerichten die Befugniß zu, über die Gültigkeit eines Arreſtſchlags zu erkennen, zu welchem die Ermächtigung in der ebengedachten Weiſe (von Friedensgerichten) ertheilt worden iſt."

Hiermit ſteht im Einklange, was früher Band 44. Abth. 2. B. S. 56 in Beziehung auf den §. 4 der Verordnung vom 11. Mai 1843 und den dort gebrauchten Ausdruck: eines von ihnen erlaſſenen Erkenntniſſes ausgeführt worden iſt.

Man vergleiche hierzu das unten S. 9 folgende Urtheil des Caſſationshofes vom 11. Dezember 1849.

3. Iſt auf Grund einer Ermächtigung des Friedensrichters Arreſt gegen einen Auswärtigen (saisie foraine) oder Miethарreſt (saisie gagerie) angelegt, ſo gehört die Klage auf Gültigkeit zur Competenz des Friedensgerichts, ſofern die Forderung die friedensgerichtliche Competenz nicht überſteigt, und zwar zur Competenz des Friedensgerichts, welches die Ermächtigung ertheilt hat.

Digitized by Google

So entschieden von der II. Kammer des Kgl. Landgerichts zu Köln durch Urtheil vom 2. August 1845 in Sachen: Mayer — Dobbelmann.

Zwar erwähnt der §. 7 des Gesetzes vom 11. Mai 1843 der saisie foraine und des Art. 822 der B. P. O. nicht. Dies hat aber ohne Zweifel seinen Grund darin, daß bereits durch die B. P. O. in Art. 822 dem Friedensrichter die Befugniß gegeben war, die Ermächtigung zur saisie foraine zu ertheilen. Das Gesetz vom 11. Mai 1843 hat daher mit Absicht den §. 7 in zwei Absätze getheilt, von welchen der erstere die Fälle vermehrt, in welchen die Friedensgerichte zum Arreste ermächtigen können, der zweite allgemein für die Fälle, in welchen, sei es nach dieser Verfügung sei es nach früherm Rechte, die friedensrichterliche Ermächtigung ertheilt ist, und nicht etwa blos für die im ersten Absatze gedachten Fälle den Friedensgerichten Competenz in Bezug auf Gültigkeitserklärung des Arrestes beilegt.

Die Frage: welches Friedensgericht alsdann das competente sei, und der Satz: daß in dieser Beziehung der Fall der saisie foraine und der saisie gagerie von dem oben unter 2 aufgeführten Falle des gewöhnlichen Drittarrestes unterschieden werden müsse, sind in folgender Entscheidung des Cassationshofes behandelt:

Dillmann — Daum.

Der zum Armenrechte verstattete Cassationskläger Dillmann erhielt den 18. Juli 1845 von dem Friedensrichter zu Boppard die Erlaubniß, für eine ihm nach seiner Behauptung von dem Cassationsverklagten, dem im Kanton St. Goar wohnenden Müller Philipp Daum, geschuldete Forderung von 33 Thlr. 14. Sgr. 3 Pfg. mehrere dem letzteren zugehörige und in der Mehlhalle zu Boppard lagernde Quantitäten Mehl mit Beschlag zu belegen. Er ließ den Arrestaten auf Gültigkeit dieser Beschlagnahme an das Gericht zu Boppard vorladen, von welchem durch Urtheil vom 13. August 1846 die von dem Verklagten eingewendete Incompetenzeinrede verworfen und in der Hauptsache durch das Urtheil vom 10. September 1846 dem Kläger ein Ergänzungseid nachgelassen wurde.

Der Verklagte appellirte von beiden Urtheilen an das Kgl. Landgericht zu Koblenz, welches durch Urtheil vom 18. Januar 1847 jene Urtheile wegen Incompetenz aufhob und zwar aus folgenden Gründen.

In E., auf die Berufung gegen das Urtheil vom 13. August v. J. daß persönliche Klagen grundsätzlich bei dem Richter des Wohnorts des Beklagten anzustellen sind;

Daß eine Ausnahme von dieser Regel des Rheinischen Prozeßrechtes nur in Gemäßheit unzweideutiger Gesetzesworte angenommen werden darf;

Daß der §. 7 der Verordnung vom 11. März 1843, indem er den Friedensgerichten die Befugniß ertheilt, über die Gültigkeit von Arresten, zu welchen sie ermächtigt haben, innerhalb der allgemeinen Grenzen ihrer Competenz zu erkennen, keineswegs unter Beseitigung des obigen Grundsatzes einen besonderen Gerichtsstand des Arrestes eingeführt hat;

In E., daß der Appellant im Bezirke des Friedensgerichtes zu Boppard nicht wohnt, gegen ihn mithin bei dieser Stelle nicht geklagt werden könnte;

Daß hiernach das gedachte Urtheil wegen Incompetenz des ersten Richters aufzuheben ist;

Digitized by Google

J. C., daß folgeweise auch das Endurtheil vom 10. September v. J. der Reformation unterliegt. ꝛc.

Gegen dieses Urtheil hat Dillmann das Cassationsgesuch angemeldet wegen Verletzung des §. 7 der Verordnung vom 11. Mai 1843 und folgeweise der Art. 558, 819 u. 823 der B. G. Ordn., sowie wegen falscher Anwendung und Verletzung des Art. 59 der B. G. O. Zu dessen Rechtfertigung Folgendes: Eine persönliche Klage als solche sei zwar gegen eine Person zu richten; sie sei es aber nicht mehr, wenn sie sich nicht blos auf die Person beschränke, sondern auch auf die Herrschaft einer bestimmten Sache ausdehne, wie in dem vorliegenden Falle, wo bestimmte Sachen mit Arrest belegt seien. Die Klage sei sowenig eine rein persönliche als die Vindication, bei deren Begründung auch die Gültigkeit der Verträge, wodurch der Rechtsübergang nachgewiesen werden solle, geprüft werden müsse.

Bei der Beschlagnahme sei insbesondere schon vor der Rechtshängigkeit ein gewisses Object in Gefolge der Grundsätze der Art. 2092 und 2093 des B. G. B. ergriffen worden. Die Sache werde, wenn das Recht auf Befriedigung Seitens des Klägers gegründet gewesen, diesem verhaftet und der Gewalt des Verklagten entzogen. Die Klage auf Gültigkeiterklärung einer Beschlagnahme sei also mindestens eben so dinglich, als jene auf Gültigkeit einer Hypothek, oder als jede Kontestation über ein Hypothekarrecht. Bei den Executionen werde keineswegs die Competenz des gewöhnlichen Richters festgehalten; derjenige, welchem Gegenstände, die sich nicht im Bezirke seines Wohnsitzes befänden, gepfändet worden, sei nicht im Stande, den Streit vor das Forum seines Domicils zu ziehen, sondern müsse vor dem Forum der Execution streiten. Auch sei ja der Gläubiger, der exequiren lasse, gehalten, ein Domicil zu erwählen. Der Gläubiger, dem ein gepfändetes Object von einem Dritten streitig gemacht werde, müsse sich nach den ausdrücklichen Worten des Art. 608 der B. G. O. ebenfalls vor dem Gericht der Execution einlassen, obgleich sein gewählter Wohnsitz nicht als solcher angesehen werde, wo ihm auch der Dritte Zustellungen machen könne. Wegen der Dinglichkeit der Klage könne also der Art. 59 der B. G. O. keine Anwendung finden. Durch das Gesetz vom 11. Mai 1843, über die Competenz der Friedensgerichte, sei diese wesentlich verändert worden, insbesondere noch den Friedensgerichten ein Erkenntniß über Executionen beigelegt welches sie früher nicht gehabt, was aber nach der B. G. O. nicht der Fall gewesen sei, indem das Landgericht über die Gültigkeit der Beschlagnahme zu erkennen gehabt habe. Die Worte des §. 7 des angeführten Maigesetzes sagten nun aber auch bestimmt, daß die Friedensrichter über die Gültigkeit der Arrestschläge erkennen sollten, zu welchen sie die Befugniß ertheilt hätten. Die einzige Beschränkung sei nur hinzugefügt, daß sie dabei ihre Competenz im Allgemeinen nicht überschritten, das heißt sich nach den Bestimmungen des §. 1 daselbst richten sollten. Wenn der Gesetzgeber von der Ansicht des Landgerichtes ausgegangen wäre, so würde er die andere Beschränkung hinzugefügt haben, daß die Bestimmungen über die persönliche Competenz, wie sie in der B. G. O. für die Arreste gegeben seien, hier bestehen bleiben sollten. Dieses wäre um so nothwendiger gewesen, als gerade die ausdrücklich bezogenen Art. 558, 819 und 826 der B. G. O. Fälle enthielten, wo nicht von dem Richter des Wohnsitzes die Erlaubniß ertheilt werde.

Digitized by Google

Das angegriffene Urtheil habe, indem es das Friedensrichterliche Urtheil wegen Incompetenz aufhob, den §. 7 des Gesetzes vom 11. Mai 1843, die in ihm bezogenen Art. der B. G. O. und ebenso den Art. 52 daselbst verletzt resp. falsch angewandt.

Der Antrag des Cassationsklägers geht dahin, das angegriffene Urtheil zu kassiren und dem Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens unter Distraction derselben zu Gunsten des Anwaltes zur Last zu legen, zur Sache selbst aber die Berufung von den Urtheilen des Friedensgerichtes zu Boppard als nicht begründet zu verwerfen mit Strafen und Kosten.

Für den Cassationsverklagten ist kein Advokat-Anwalt mit einer Einredeschrift eingekommen.

Urtheil:

In E., daß der Cassationsverklagte ungeachtet der bereits am 25. September 1847 erfolgten Zustellung der Cassationsschrift keine Erwiderungsschrift eingereicht hat und mithin dem Antrage des Cassationsklägers gemäß in contumaciam zu erkennen ist;

In E., daß der §. 7 der Verordnung vom 11. Mai 1843, indem er den Friedensgerichten die Befugniß ertheilt, über die Gültigkeit von Arresten zu welchen sie ermächtigt haben, innerhalb der allgemeinen Grenzen ihrer Competenz zu erkennen, nur beabsichtigte, den Friedensgerichten die in dieser Beziehung früher nur den Landgerichten zustehende Befugniß beizulegen;

Daß er daher in der bisherigen Gesetzgebung, soweit sie bei Arresten zwischen dem Orte der Anlage und dem Forum der Gültigkeitserklärung unterscheidet, keine Aenderung hervorgebracht hat;

Daß mithin die von dem Kgl. Landgerichte zu Koblenz angenommene Erklärung dieser Gesetzstelle die richtige war und es dieselbe nicht verletzt hat;

In E. jedoch, daß der vorliegende Arrest auf den Grund des Art. 822 der B. P. O. angelegt ist; daß die Art. 819 ff. indem sie dem Vermiether in Beziehung auf die Effecten des Miethers und dem Gläubiger eines auswärtigen Schuldners in Beziehung auf dessen im Wohnorte des Gläubigers vorgefundenen Effecten einen erleichterten Arrestschlag gestatten, nicht auf die für Dritt-Arreste gegebenen Vorschriften, und namentlich nicht auf den Art. 567 der B. P. O., nach welchem die Klage auf Bestätigung des Arrestes am Wohnorte des Schuldners angestellt werden muß, verweisen;

Daß auch bei diesen privilegirten Arrestschlägen andere Gründe, als bei dem Dritt-Arreste obwalten, welche eine analoge Anwendung der für diesen gegebenen Vorschriften nicht gestatten;

Daß der Art. 824 a. a. O. nur bestimmt, daß dem Verkaufe der mit Beschlag belegten Gegenstände die Gültigkeitserklärung vorhergehen müsse, ohne sich über das Gericht, welchem dieselbe zustehe, zu erklären;

Daß der Art. 825 in Beziehung auf die Arreste gegen den Miether und gegen den Auswärtigen ausdrücklich auf die Beschlagnahme im Wege der Execution verweist;

Daß nach der Contume de Paris Art. 176 der Prévost von Paris über die daselbst auf die Effecten auswärtiger angelegten Arreste zu erkennen hatte und bei dem Stillschweigen der B. P. O. angenommen

Digitized by Google

werden muß, daß ſie andere Grundſätze über die Competenz bei dieſer von ihr aufgenommenen Arreſtart nicht einführen wollte;

Daß mithin das Kgl. Landgericht zu Koblenz, indem es dennoch im Falle des Art 822 die Competenz zur Gültigkeitserklärung dem perſönlichen Richter des Schuldners beilegte, den Art. 59 der B. P. O. falſch anwendete und die Art. 822 bis 825 daſelbſt verletzte;

In E. jedoch, daß der Subſidiar-Antrag des Appellanten zur Hauptſache noch nicht erörtert und mithin zur Entſcheidung nicht reif iſt:

Aus dieſen Gründen

kaſſirt der Kgl. Reviſions- und Caſſationshof, in contumaciam wider den Caſſationsverklagtnn ſprechend, das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Koblenz vom 18. Januar 1847, verordnet die Beiſchreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des kaſſirten, legt die Koſten des Caſſationsverfahrens dem Caſſationsverklagten unter Diſtraction derſelben zu Gunſten des klägeriſchen Anwaltes zur Laſt, verweiſt endlich die Hauptſache zur Verhandlung und Entſcheidung über die Berufung des Caſſationsverklagten wider die Urtheile des Friedensgerichtes zu Boppard vom 13. Auguſt und 10. September 1846 an die zweite Civilkammer des Kgl. Landgerichtes zu Koblenz.

Sitzung des Caſſationshofes vom 11. Dezember 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Eſſer. Concl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokaten: Furbach.

4. Bei einer an einem Friedensgerichte anhängigen Arreſtſache iſt dieſes Friedensgericht in der Regel auch in Bezug auf den Drittarreſtaten und die von demſelben abzugebende Erklärung competent; der Drittarreſtat iſt aber nicht vorzuladen, um in der öffentlichen Sitzung ſeine Erklärung abzugeben, ſondern derſelbe hat auf der Kanzlei des Friedensgerichts wo die Sache ſchwebt oder des Friedensgerichts ſeines Wohnorts die Erklärung zu machen, und dem Arreſtkläger zuzuſtellen.

Verordn. vom 11. Mai 1843 §. 7.

Chaplin — Giershauſen.

Die Wittwe Giershauſen zu Bonn hatte gegen Angelo Michelangeoli zu Bonn eine Forderung von 30 Thlr. und legte auf Grund der Ermächtigung des Friedensrichters zu Bonn I. für dieſen Betrag Arreſt bei dem Capitain Chaplin früher zu Roesberg jetzt zu Godesberg wohnhaft. Durch Urtheil des Friedensgerichts Bonn I. wurde der Arreſt für gültig erklärt, und verordnet, daß der Drittarreſtat Chaplin nachdem er ſeine Erklärung im Sinne des Art. 571 der B. P. O. abgegeben die mit Arreſt beſtrickten Gelder bis zur Concurrenz von 30 Thlr. nebſt Zinſen und Koſten an die Arreſtklägerin auszahle. Letztere ließ nun den Chaplin vorladen, am 21. April c., Morgens 9 Uhr vor dem Friedensgerichte Bonn Nro. I. zu erſcheinen, und jene Erklärung abzugeben, widrigenfalls

Digitized by Google

ſich als unbedingten Schuldner der Arreſtklägerin für die fragliche Summe erklären und verurtheilen zu hören. In der Sitzung vom 31. April erſchien ein Bevollmächtigter des Chaplin und ſtellte den Antrag: das Friedensgericht wolle ſich in Bezug auf die Erhebung der von Chaplin als Drittarreſtaten abzugebenden Erklärung incompetent erklären und die Sache an den Richter, vor welchen ſie gehöre verweiſen. Das Friedensgericht verwarf dieſe Einrede und beſtimmte zur Erklärung des Drittarreſtaten eine anderweitige Sitzung. Hiergegen Berufung des Chaplin, und wurde im Weſentlichen für ihn geltend gemacht, daß wenn der Drittarreſtat überhaupt angehalten werden könnte, über ſeine Schuldnerqualität vor dem Friedensgerichte Rede zu ſtehen, was beſtritten werde, ſo würde er jedenfalls nach Art. 570 und 571 der B. P. O. verlangen können, daß er vor dem Friedensgerichte ſeines Wohnorts (alſo Bonn II., nicht Bonn I.) ſeine Erklärung abzugeben und dort über deren Richtigkeit Prozeß zu führen habe. Das Kgl. Landgericht zu Köln entſchied wie folgt:

J. E., daß die Friedensgerichte nach den §§. 7 und 1 des friedensgerichtlichen Competenz-Geſetzes vom 11. Mai 1843 nicht nur befugt ſind, die Ermächtigung zum Arreſtſchlage in den von ihnen für dringend erachteten Fällen zu ertheilen, ſondern auch über die Gültigkeit ſolcher Arreſtſchläge innerhalb der ihnen verliehenen Competenz zu erkennen;

Daß auch nicht zu bezweifeln iſt, daß in derartigen Arreſtprozeſſen alle Befugniſſe und Obliegenheiten, welche früher den Gerichten erſter Inſtanz beigelegt waren, auf die Friedensgerichte, im ganzen Umfange, übergegangen ſind, indem den Grundſätzen der Oekonomie des Prozeſſes und der vom Geſetzgeber beabſichtigten Vereinfachung und Beſchleunigung des Arreſt-Verfahrens die Annahme entſchieden widerſtreben würde; daß nur ein Theil des Verfahrens den Friedensgerichten übertragen, der übrige aber den Inſtanz-Gerichten belaſſen worden wäre:

Daß daher dermalen in ſolchen Fällen das ganze in der B. P. O. verordnete Verfahren zur Zuſtändigkeit des den Arreſt geſtattenden und über die Gültigkeit deſſelben erkennenden Gerichts gehört und demgemäß auch der Drittarreſtat vor dieſes zur Abgabe ſeiner Erklärung vorgeladen werden mußte, wie dieſes auch gehörig geſchehen iſt; Art. 570 der B. P. O.

Daß bei den Friedensgerichten zwar die Vorſchriften, welche den Inſtanzgerichten für den Arreſtprozeß gegeben worden ſind, im Allgemeinen zur Anwendung kommen müſſen, dieſelben jedoch nothwendig inſofern eine Beſchränkung und Modifikation erleiden, als dieſes in der beſondern Compoſition der Friedensgerichte liegt;

Daß daher auch eine Zuſtellung der vom Drittarreſtaten abgegebenen Erklärung ohne Anwaltsbeſtellung an den Arreſtkläger nach Vorſchrift der Art. 571 bis 574 der B. P. O. hinreichend erſcheint;

Daß indeſſen der Drittarreſtat zur Abgabe ſeiner Erklärung nicht in die öffentliche Sitzung geladen werden kann, vielmehr dieſe Erklärung nach Vorſchrift des Art. 571 l. c. abzugeben iſt, und zwar im vorliegenden Falle auf der Kanzlei des Friedensgerichts Nro. I., welches über den Arreſt zu erkennen hatte, da dieſes Gericht und das perſönliche Friedensgericht des Drittarreſtaten ſich an einem und demſelben Orte, nämlich in Bonn befinden;

Daß nach Abgabe und Zustellung der Erklärung das fernere Verfahren wider den Drittarrestaten sich von selbst reguliren wird, welcher übrigens als eigentliche Partei nur dann in den Prozeß kömmt, wenn er seine Erklärung nicht abgibt, oder deren Richtigkeit contestirt wird; Art. 570 in f. 576 und 577 l. c.

Aus diesen Gründen

verwirft das Kgl. Landgericht, erste Civilkammer, die Berufung wider das friedensgerichtliche Urtheil des Kgl. Friedensgerichts zu Bonn Nro. I. vom 4. Mai 1849 insoweit, als die Incompetenz des erkennenden Gerichts zur Sache behauptet wird; reformirt jedoch dieses Erkenntniß in soweit, als der Appellant resp. Drittarrestat vorgeladen worden ist, seine Erklärung über das Guthaben in öffentlicher Audienz abzugeben, gibt demselben statt dessen auf, seine Erklärung auf der Kanzlei des Friedensgerichts zu Bonn Nro. I. in gesetzlicher Form abzugeben und der Arrestklägerin zustellen zu lassen u. s. w.

Landgericht zu Köln, I. Kammer.

Sitzung vom 9. Oktober 1849.

Advokaten: Correns. — Eilender.

Wenn nach Obigem die nächsten Formschwierigkeiten in der Weise sich erledigen mögen: daß der Drittarrestat aufgefordert wird, (in Ladungsfrist) seine Erklärung auf der Kanzlei des Friedensgerichts abzugeben, daß derselbe dann seine Erklärung dem Arrestkläger zuzustellen hat, und daß er im Falle unterlassener Erklärung oder im Falle der Contestation der Erklärung in die Sitzung des Friedensgerichts geladen wird, um als Selbstschuldner verurtheilt zu werden, so kann sich neue Schwierigkeit alsdann erheben, wenn bei Contestation der Erklärung über die Existenz der Schuld des Drittarrestaten Streit erhoben wird, und die Höhe dieser angeblichen Schuld des Drittarrestaten die friedensrichterliche Competenz übersteigt. Daß der Friedensrichter auch dann competent sei die Existenz der Schuld des Drittarrestaten seiner Beurtheilung zu unterwerfen, um über die Gültigkeit der Erklärung entscheiden, und einen Theil jener Schuld dem Arrestkläger zusprechen oder aberkennen zu können, dürfte nicht zu behaupten sein, jedenfalls ist nach Art. 570 der B. P. O. der Drittarrestat befugt, die Verweisung vor seinen Richter d. i. im vorliegenden Zusammenhange: vor das Gericht, welches abgesehen von dem Arreste das zuständige sein würde, zu verlangen.

H.

Collokation. — Contumacial-Urtheil. — Peremtion. — Anerkenntniß unter Privatunterschrift. — Sicheres Datum.

Der Akt unter Privatunterschrift, durch welchen der Schuldner ein gegen ihn ergangenes Contumacial-Urtheil innerhalb der sechsmonatlichen Peremtionsfrist als rechtsbeständig an-

Digitized by Google

erkannt hat, kann im Collokationsverfahren anderen Hypothekar-Gläubigern mit Erfolg nur dann entgegengesetzt werden, wenn derselbe ein sicheres Datum trägt.

Creditores — Peters.

In dem 42. Bande dieses Archivs Seite 17 ff. findet sich ein Urtheil des Rh. Appellationsgerichtshofes, welches unter Reformation eines landgerichtlichen Erkenntnisses gegen den oben aufgestellten Satz entschieden hat. Das Landgericht zu Köln hat sich gleichwohl dieser Meinung nicht angeschlossen und neuerdings wie folgt erkannt:

In Sachen, auf die Opposition der Gebr. Herbertz gegen den Rentner Bever:

Daß der inscribirte Gläubiger, welcher sein Hypothekar-Recht im Collokations-Verfahren anmeldet, ein ihm am Grundstücke seines Schuldners zustehendes dingliches Recht geltend macht und daher ohne Zweifel befugt erscheint kraft eigenen Rechts die Gültigkeit und den Rang aller vorstehenden Hypotheken zu kritisiren und zu kontestiren;

Daß nun ein land- oder handelsgerichtliches Contumacial-Urtheil nur bedingungsweise einen gültigen Titel einer Hypothek bildet, nämlich nur unter der Voraussetzung seiner innerhalb sechs Monate erfolgten Exekution, oder — was gleichbedeutend — freiwilligen Anerkennung durch den Verurtheilten, indem anderntheils nach der Vorschrift des Art. 156 der B. P. O. das Urtheil als nicht ergangen betrachtet werden soll;

Daß die hierin angedrohte Peremption eines Contumacial-Erkenntnisses, offenbar, wie die absolute Fassung des Artikels zu erkennen gibt, keine im Wege einer persönlichen Einrede des Verurtheilten geltend zu machende, sondern vielmehr eine absolute Nichtigkeit darstellt, die ipso jure wirkt, und das Erkenntniß dergestalt vernichtet, daß es weder für den Schuldner, noch für jeden Dritten ferner als ein gültiger Titel einer Hypothek existirt; Daß daher ein Hypothekargläubiger, wenn er die Peremption eines Contumacial-Urtheils behauptet, nicht sowohl im Namen des Schuldners als dessen ayant-cause eine letzterem persönlich zustehende Einrede geltend macht, als vielmehr den Titel der Hypothek selbst als null und nichtig angreift, wozu er kraft seines dinglichen Rechts vollkommen befugt ist;

Daß er aus demselben Grunde kein Contumacial-Urtheil gegen sich gelten zu lassen braucht, von welchem der Beweis fehlt, daß es innerhalb 6 Monate exequirt oder anerkannt ist;

Daß folgeweise auch ein schriftliches Anerkenntniß, welches, wie das auf dem Urtheile vom 23. Dezember 1844 befindliche, kein sicheres Datum trägt, anderen inscribirten Gläubigern, als Dritten, nicht mit Wirksamkeit entgegengesetzt werden kann, weshalb jene Forderung, als durch keinen gültigen Titel gerechtfertigt, aus dem Status zu streichen ist.

Aus diesen Gründen

nimmt das Kgl. Landgericht den Einspruch der Kaufleute Herbertz gegen Bever als begründet an ꝛc.

Landgericht zu Köln. III. Kammer.

Sitzung vom 13. April 1850.

Advokaten: Fay — Gerkrath (Götz).

Contumacial-Verbindungsurtheil. — Defaut de comparaitre. — Defaut de plaider.

Muß ein Contumacial-Verbindungs-Urtheil erlassen werden, wenn von mehreren Verklagten einer keinen Anwalt bestellt hat, der bestellte Anwalt des andern vertretenen Verklagten aber beim Aufrufe der Sache keinen Antrag nimmt?

Von der französischen Praxis, insbesondere dem Cassationshofe und dem Appellhofe zu Paris, ist die obige Frage verneint worden, und bedeutende Prozessualisten, insbesondere Carré vertheidigen diese Meinung. Dagegen wird dieselbe namentlich von Chauveau lebhaft bekämpft.

Vergl. Carré-Chauveau C. de proc. civ. zu Art. 153 qu. 629. Das Landgericht zu Köln hat in folgendem Urtheile die letztere, auf Erlassung des Junctionsurtheils lautende Meinung adoptirt.

Behr — Schülgen.

J. E., daß der Art. 153 der B. P. O. die Erlassung eines Contumazial-Verbindungs-Urtheils in dem Falle vorschreibt, wenn von mehreren vorgeladenen Parteien die eine defaut macht, die andere aber erscheint;

Daß nun zwar die B. P. O. in zwei verschiedenen Fällen eine contumacia annimmt, nämlich einmal wenn die vorgeladene Partei keinen Anwalt bestellt, dann aber auch wenn der bestellte Anwalt nicht auftritt, und es deshalb zweifelhaft erscheinen könnte, ob auch gegen eine Partei, deren bestellter Anwalt nicht auftritt, während die Anwälte der sämmtlichen übrigen Parteien Anträge nehmen, ein Junctions-Urtheil erlassen werden müsse;

Daß aber aus der folgenden Bestimmung des Art., wonach die partie defaillante in Person wiederholt unter Zustellung des Junctions-Urtheils vorgeladen werden soll, hervorgeht, daß der Art. als Bedingung des Junctions-Urtheils nur den einen Fall voraussetzt, daß eine der vorgeladenen Parteien keinen Anwalt bestellt habe;

Daß wenn hiernach die Anfangsworte des Art. „wenn von mehreren vorgeladenen Parteien die eine defaut macht" dahin zu verstehen sind, daß eine der vorgeladenen Parteien keinen Anwalt bestellt habe; der unmittelbar darauf gebrauchte Ausdruck comparaitre wegen des bestehenden Gegensatzes für gleichbedeutend mit „Anwalt bestellen" gehalten werden muß;

Daß daher im vorliegenden Falle, in welchem der sub ein des klägerischen Antrages aufgeführte Verklagte Hilger Schumacher einen Anwalt nicht bestellt hat, während die sub zwei und drei genannten Verklagten durch Bestellung eines Anwalts erschienen sind, nach dem Art. 153 der B. P. O. ein Junctions-Urtheil erlassen werden muß, ohne daß nach dem Gesagten dabei etwas darauf ankommen kann, daß der Anwalt der Verklagten sub 2 und 3 keine Anträge für seine Parteien genommen hat.

Aus diesen Gründen:

Junctionsurtheil.

Landgericht zu Köln. III. Kammer.

Sitzung vom 1. Februar 1850.

Advokaten: Pfeifer u. Esser I.

Digitized by Google

Fiſchereigerechtigkeit. — Wilde Waſſer. — Gemeine Waſſer.

Die Fiſcherei-Gerechtigkeit in den ſogenannten wilden Waſſern iſt im Bergiſchen Regal, — kann poſſeſſoriſch geſchützt werden — erſtreckt ſich auch über künſtliche Waſſer-Anlagen, wenn dieſe an die Stelle der wilden Waſſer treten. — „Wilde" Waſſer bilden den Gegenſatz gegen „gemeine" Waſſer. — Die Vermuthung ſpricht dafür, daß ein natürlicher Waſſerlauf wildes Waſſer ſei. — Der Fiſcherei-Berechtigte darf das Aufſteigen der Fiſche nicht hindern.

Roſenthal — Humburg.

Der Gutsbeſitzer Roſenthal klagte bei dem Friedensgericht zu Wermelskirchen gegen den Müller Humburg wegen Beſitzſtörung und auf Schadenserſatz, indem er behauptete, der Verklagte habe ihn in der Ausübung derjenigen Fiſcherei-Gerechtigkeit geſtört, welche ihm vermöge eines mit der Kgl. Regierung zu Düſſeldorf abgeſchloſſenen Vertrages in der ganzen kleinen Dhün zuſtehe, und ſei dieſe Störung dadurch bewirkt, daß Verklagter die kleine Dhün in einen Mühlengraben und Teich abgeleitet und nun das Fiſchen im Graben und Teich ſelbſt ausgeübt habe. — Verklagter beſtritt die Klage in allen Punkten.

Das Friedensgericht wies die Klage ab; — der Kläger legte Berufung ein. — In zweiter Inſtanz wurde dem Appellanten vor Allem der Beweis darüber auferlegt:

1. Daß Appellat durch Anlegung einer Schlagt (Wehre) den natürlichen früheren Lauf der ſogenannten kleinen Dhün geändert, und dieſelbe in ſeinen Teich geführt habe, ſo daß dieſe neue Anlage weſentlich als ein Theil des Baches zu betrachten iſt.
2. Daß Appellant (ꝛc.) ein Jahr vom Mai 1848 (Zeit der angeblichen Störung) zurück gerechnet, ſowie auch früher, die Fiſcherei-Gerechtigkeit . . . . in allen Gewäſſern der kleinen Dhün ruhig und ungeſtört, ſo ausgeübt habe ꝛc.
3. Daß Appellat den Appellanten in der Ausübung der Fiſcherei-Gerechtigkeit dadurch geſtört habe, daß er an einer Stelle fiſchte, welche zum Bereich der fraglichen Fiſcherei gehörte.

Nachdem Ortsbeſichtigung und Zeugen-Vernehmung ſtatt gehabt hatte, und Appellant unter erneuerter Berufung auf ſeinen Erwerb-Titel die Reformation des Urtheils wovon beantragte, machte Appellat noch folgende fernere Einreden:

Wenn der auferlegte Beweis auch als erbracht betrachtet werden könnte, ſo ſei die Klage doch mit Recht abgewieſen worden:

1. weil es ſich von einer nicht fortdauernden Servitut handle, über welche der Eigenthümer des angeblich dienenden Grundſtückes keinen Titel ausgeſtellt habe;
2. weil — ſelbſt ein Regal vorausgeſetzt — die Bergiſche Polizei-Ordnung ein ſolches doch nur an „wilden" Waſſern, aber nicht an künſtlichen Waſſerleitungen, wovon hier die Rede ſei, kenne;
3. weil Appellant das Fiſcherei-Recht auf viel einfachere Weiſe, nämlich durch eine Vorrichtung ſicheren könnte, welche den Fiſchen das Aufſteigen über die Schlagt unmöglich mache.

Digitized by Google

Das Kgl. Landgericht zu Elberfeld nahm an, daß der auferlegte Beweis vom Appellanten geliefert sei und erkannte in Betreff der drei nachträglichen Einreden des Appellaten:

J. E., zur ersten Behauptung, daß darüber kein Zweifel sein kann, daß nach Inhalt der Bergischen Polizei-Ordnung (Titel von Verwüstung der Fischereien) im Bergischen, wie allgemein in Deutschland (Eichhorn IV §. 548, Wolff I §. 113) ein Fischerei-Regal bestand, — daß dieses Regal nach Art. 166 der Bergischen Forstordnung vom 22. Juni 1811 (Bullet. 13) fortgedauert hat, und daß dasselbe durch die spätere Gesetzgebung nicht berührt worden ist; — daß ferner die Appellanten nie eine Servitut, sondern stets das durch Ankauf vom Staat auf sie übergegangene Regal beansprucht haben, — daß die Grundsätze über die Servituten, die privatrechtlicher Natur sind, auf das staatsrechtliche Nutzungsrecht des Regals keine unbedingte Anwendung finden, — daß aber soweit man dieselben anwenden kann, die Regalien denjenigen Servituten gleich zu achten sind, welche das Gesetz zum Titel haben, also auch nach jetzigem Rechte eines Titels von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks nicht bedürfen und, wenn auch nicht fortdauernd, doch nach ausgeübtem Jahresbesitz, possessorisch zu schützen sind.

J. E., daß 2, nach dem angeführten Titel der Bergischen Polizei-Ordnung allerdings das Fischerei-Regal nur an den „wilden Wassern" statt findet, daß Appellant aber ganz mit Unrecht den wilden Wassern, die künstlichen Wasserleitungen entgegensetzt, da nach der Polizeiordnung ihr die „gemeinen Wasser und Bäche" entgegengesetzt sind, und hieraus, sowie aus dem ganzen Inhalte des Titels deutlich hervorgeht, daß unter wilden Wassern diejenigen verstanden werden, welche wildbar, d. h. dem Regal unterworfen sind, während unter gemeinen Wassern und Bächen diejenigen begriffen werden, welche zu befischen jedem Einwohner gestattet war; — daß nun nach Obigem feststeht, daß der Ober- und Untergraben, sowie der Teich des Appellaten, als eigentliche Bestandtheile der kleinen Dhün zu betrachten sind, daß sie daher in Beziehung auf das Befischen mit den übrigen, in ihrem natürlichen Bette gelassenen, Theilen der kleinen Dhün gleiches Recht und gleiche Last haben müssen; — daß Appellat in erster Instanz ausdrücklich erklärt hat, keinen Anspruch auf die Fischerei-Gerechtigkeit in der kleinen Dhün zu machen, daß er daher auch keinen Anspruch auf die Fischerei in den einzelnen Bestandtheilen derselben machen kann, — daß demzufolge die Frage: ob die kleine Dhün ein wildes oder gemeines Wasser sei, nur dann von entscheidender Bedeutung wäre, wenn der Appellat behauptete, daß trotz ihres Erwerbtitels nicht die Appellanten, sondern andere Personen oder alle Einwohner zur Fischerei in der Dhün berechtigt seien; — daß er aber statt dessen jetzt, und zwar jetzt am Ende des Rechtsstreites in zweiter Instanz zum erstenmale behauptet, daß die kleine Dhün kein wildes Wasser sei, — daß indessen diese Behauptung mit seinem früheren Eingeständniß: kein Recht auf die Fischerei in derselben zu haben, insofern im Widerspruche steht, als er allerdings das Recht, in der kleinen Dhün zu fischen, haben würde, wenn sie ein gemeines Wasser wäre, — daß es ferner ihm oblag, zu beweisen, daß die kleine Dhün ein gemeines und kein wildes, dem Regal unterworfenes Wasser sei, weil im Bergischen, wegen der Allgemeinheit, auch die Vermuthung für das Regal spricht und die Polizei-Ordnung die gemeinen Wasser sichtbar als Ausnahmen von der Regel behandelt, — daß er aber einen solchen Beweis nicht ein-

Digitized by Google

mal erboten hat, — und daß endlich die fragliche Einrede jedenfalls als verspätet vorgebracht ohne Berücksichtigung bleiben muß;

J. E., schließlich 3. die Zumuthung des Appellaten betreffend: „die Appellanten sollten eine Vorkehrung gegen das Aufsteigen der Fische machen," daß dieselbe als eine ernstliche Einrede wohl nicht betrachtet werden kann, da, wenn die Appellanten es sich auch hätten gefallen lassen müssen, daß der Appellat den natürlichen Lauf der kleinen Dhün verändert hat, doch keinenfalls ein Gesetz sie zur Anlage einer solchen Vorrichtung und dadurch indirect zum Verzicht auf die Ausübung ihres wohlerworbenen Rechtes in Beziehung auf den neuen Theil der kleinen Dhün verpflichtet, — daß nach dem letzten Absatz des angezogenen Titels der Bergischen Polizei-Ordnung es vielmehr Jedem untersagt ist, Vorrichtungen zu machen, welche das Aufsteigen der Fische in den Wässern verhindern;

J. E., daß hiernach die ursprüngliche Besitzstörungsklage gerechtfertigt und der Anspruch auf Schadenersatz im Allgemeinen von den Appellanten nachgewiesen ist.

Aus diesen Gründen

Reformation des friedensrichterlichen Urtheils, — Handhabung des Appellanten im Besitz, — Verurtheilung des Appellaten zum Schadenersatz wegen der Störung.

Landgericht zu Elberfeld. Urtheil vom 11. November 1849.

Dienstbote. — Friedensgerichtliche Competenz. — Gesinde-Ordnung.

Die Gesinde-Ordnung vom 19. August 1844 hat an den Competenz-Bestimmungen des Organisations-Dekretes vom 17. Dezember 1811 (Bullet. XVIII) nichts geändert. — Was ist unter Dienstbote zu verstehen?

Werner — Seydt.

Die Eheleute Seydt hatten den Krankenwärter Werner aus Leipzig mit nach Elberfeld gebracht, um die Pflege eines kranken Familien-Mitgliedes und nebenher mehre andere Hausgeschäfte zu übernehmen. Mit seinen Leistungen nicht zufrieden, entließen sie ihn bald nachher. Werner klagte bei dem Kgl. Landgerichte zu Elberfeld auf Bezahlung des Lohnes und einer Entschädigung. Die Verklagten setzten die Einrede der Incompetenz entgegen, indem sie behaupteten, Werner sei ein Dienstbote und müsse daher bei dem Friedensgericht klagen. Werner bestritt, als Krankenwärter, zu den Dienstboten gerechnet werden zu können ꝛc.

Das Landgericht erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Verklagten vor Allem der Klage die Einrede der Incompetenz um deswillen entgegensetzten, weil Kläger als Dienstbote zu betrachten und als solcher nach Art. 17 Nro. 5 des Organisations-Dekrets vom 17. Dezember 1811 (Bullet. XVIII) verpflichtet wäre, seine angeblichen Ansprüche bei dem Friedensgerichte geltend zu machen;

J. E., daß Kläger bestreitet, zu den Dienstboten der Verklagten gehört

Digitized by Google

zu haben, und sich deshalb auf den §. 1 der Gesindeordnung vom 19. August 1844 bezieht, — daß indessen aus diesem Gesetze auf keine Weise erhellt, daß es in der betreffenden Beziehung die Competenz der Gerichte unter sich habe regeln oder anders als bisher bestimmen wollen, — daß es dieses jedenfalls zu Gunsten der vorliegenden Klage nur dann gethan haben könnte, wenn es die Bedeutung des Wortes: „Dienstbote, Diener, Gesinde" enger gefaßt hätte, als die frühere Gesetzgebung, daß aber selbst in diesem Falle, die dem dort vorgesehenen vorläufigen polizeilichen Verfahren entzogenen und den besonderen Vorschriften über Dienstverträge nicht unterworfenen Streitsachen nicht der Competenz des Landgerichts zugewachsen, sondern jedenfalls dem ordentlichen Verfahren der Friedensgerichte und den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechtes unterworfen geblieben wären, — daß es daher zur Entscheidung der Frage: ob die hiesige Stelle zur Erledigung der gegenwärtigen Klage competent ist immer nur darauf ankommt, ob der Kläger zu den Dienstboten oder Dienern, im Sinne des bezogenen Organisations-Dekrets gehört oder nicht?

J. E., daß zur Prüfung dieser Frage vorläufig seine eignen Angaben über sein Verhältniß zu den Verklagten unterstellt werden mögen, — daß er nach diesen auf das Jahr, gegen Kost, Wohnung und Lohn, zur Krankenpflege gemiethet worden ist, und neben der persönlichen Bedienung des Kranken auch die Reinigung der Kleider und Stiefel desselben, sowie dreier Stuben, das Aufwarten bei Tische und das Reinigen der Messer und Gabeln übernommen hat, — daß er zwar behauptet, die Krankenpflege besonders gelernt zu haben, daß er aber nicht anführt, in der Medizin oder auch nur der niederen Wundarzneikunst praktisch oder gar wissenschaftlich erfahren zu sein, — daß er hiernach zu den, für körperliche Dienste bezahlten ständigen Hausgenossen der Verklagten gehört hat, und nach Maaßgabe dieser Dienste nicht höher als etwa ein im Rasiren und Frisiren erfahrner Kammerdiener, oder als ein gelernter Koch, oder praktischer Hausgärtner zu stellen, und einem, in ausgedehnten Haushaltungen vorkommenden Haushofmeister noch lange nicht gleich zu schätzen ist, obschon die Krankenpflege manche größeren geistigen und körperlichen Opfer zuweilen verlangen mag, als die Dienste der andern erwähnten Personen; daß aber alle diese Personen einschließlich der Haushofmeister nach dem Sprachgebrauch des erwähnten Organisations-Dekrets und der ihm vorhergegangenen Gesetzgebung (Pothier, Oblig. Nr. 793) zu dem „Hausgesinde, der Dienerschaft, oder den Dienstboten" gehören; — daß mithin Kläger auch als Dienstbote zu betrachten ist und die aus seinem Dienstverhältnisse hergeleiteten Ansprüche gegen seine Herrschaft jedenfalls nicht bei hiesiger Stelle geltend zu machen hat ꝛc.

Aus diesen Gründen

weist das Kgl. Landgericht die durch Ladung vom 16. d. M. erhobene Klage als bei inkompetenter Stelle angebracht hierdurch ab ꝛc.

Landgericht zu Elberfeld. Urtheil vom 21. November 1849.

Chaussee-Bau. — Material-Gewinnung. — Verwaltungsbehörden. — Gerichte.

Die Bestimmung der Höhe der Entschädigung des Eigenthümers der sein Grundstück zur Material-Gewinnung für

den Chaussee-Bau an den Staat abtritt, erfolgt durch die Verwaltungsbehörden. — Die Klagen wider Chaussee-Bau-Unternehmer auf Ersatz des Schadens, den sie bei Ausführung der unternommenen Arbeit, durch ihre Handlungen oder durch Versehen, einem Dritten zufügen, gehören aber vor die Gerichte.

Grotenbeck — Heger und Kgl. Regierung zu Düsseldorf.

Der Ackerer Grotenbeck klagte gegen den Wegebau-Unternehmer Heger bei dem Friedensgericht zu Mettmann wegen Besitzstörung und auf Schadenersatz, weil Heger auf seinem Eigenthume Steine gebrochen hätte.

Heger behauptete, nicht aus eignem Antriebe, sondern als Unternehmer für die Wegebau-Verwaltung gehandelt zu haben, und adcitirte die Kgl. Regierung zu Düsseldorf.

Hierauf erklärte sich das Friedensgericht für incompetent.

Grotenbeck legte Berufung ein. Die Kgl. Regierung intervenirte und wiederholte mit dem Appellaten die Incompetenz-Einrede. Zur Sache ergab sich, daß der Appellat wirklich Bau-Unternehmer für die Regierung geworden sei; — daß der Appellant (beziehungsweise sein verstorbener Vater) der Regierung ein Grundstück zum Steinbruch für den Chaussee-Bau abgetreten hatte, — daß er zugleich Unternehmer gewesen, aber an einer ihm gelegenen Stelle Steine auf seinem Eigenthum hatte brechen lassen; und daß die Regierung aus Versehen dem neuen Unternehmer diese nicht abgetretene Stelle zur Benutzung angewiesen hatte.

Das Kgl. Landgericht erließ hierauf folgendes

Urtheil:

In E., zur Incompetenzeinrede des Verklagten und Appellaten sowie der Intervenientin, — daß nach §. 89 der Bergischen Wegeordnung vom 11. Juni 1805 allerdings ein jeder Einwohner verpflichtet ist, gegen Entschädigung seine Grundstücke zur Materialien-Gewinnung für den Chausseebau an den Staat abzutreten, — daß die Bestimmung darüber, von wem und wo die Abtretung erfolgen soll, sowie, welche Entschädigung vom Staate zu leisten sei, nach Nro. 4 Art. 8 der Bergischen Verwaltungsordnung vom 18. Dezember 1808 und §. 12 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 auch unzweifelhaft jetzt den Regierungen allein zusteht, und daß nach §. 17 und 19 des Ressortreglements gegen solche Entscheidungen kein Rechtsweg, sondern nur ein Recursverfahren bei den höheren Verwaltungsbehörden zulässig erscheint, — daß auch die Beschwerden von Einwohnern gegen die Unternehmer öffentlicher Arbeiten über zugefügte Beschädigungen bei Ausführung dieser Arbeiten nach Nro. 4 Art. 8 der Bergischen Verwaltungsordnung zur Zuständigkeit der Präfecturräthe gehörten und bei deren Aufhebung durch Art. 8 und 9 des Bergischen Organisations-Dekrets vom 15. März 1812 nur insofern den Gerichten überwiesen wurden, als letzte unter dem Vorsitz der Präfecten über alle streitigen Verwaltungs-Angelegenheiten als Verwaltungs-Comite's zu entscheiden hatten, — daß diese Beschwerden aber nach Nro. 7 §. 20 des Ressortreglements mit einigen andern ausdrücklich von den bisher zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, beziehungsweise der Prä-

Digitized by Google

secturräthe gehörigen Sachen abgezweigt und den Gerichten zugetheilt worden sind, — daß die gegenwärtige Besitzstörungs- und Schadenersatzklage aber unzweifelhaft nach ihrer ganzen thatsächlichen Begründung eine solche Beschwerde zum Gegenstande hat, da sie gegen den Appellaten als Wegebau-Unternehmer und um deswillen angestellt ist, weil derselbe Steine zum Chausseebau in einer Privatgrube des Appellanten gebrochen habe, welche vom Staate bisher nicht in Anspruch genommen sei, — daß daher auch die vorgebrachte Inkompetenz-Einrede unbegründet erscheint.

In Erwägung, zur Sache selbst, daß schon aus Obigem hervorgeht, daß nicht jedes Brechen von Steinen durch den Appellaten auf dem Eigenthum des Appellanten die Klage rechtfertigen kann, sondern nur ein solches, welches wirklich den angegebenen Thatsachen und damit den Anforderungen der angeführten Nro. 7 §. 20 des Ressortreglements entspricht, mithin weiter reicht, als die der Intervenientin zustehenden Rechte, oder die ihrem Unternehmer, dem Appellaten, ertheilten Aufträge, und so sich als dessen ganz eigne Handlung, oder als dessen Versehen darstellt; daß in dieser Beziehung die Parteien darüber einverstanden sind, daß und wo das der Klage zum Grunde gelegte Steinbrechen des Appellaten auf dem Eigenthum des Appellanten stattgefunden hat, — daß durch die eidliche Aussage des als Zeuge vernommenen Königl. Wegebaumeisters Urbahn auch feststeht, daß der Appellat von der Kgl. Regierung durch die Wegebaubeamten angewiesen worden ist, an dieser Stelle diejenigen Steine zum Chausseebau zu brechen, deren Lieferung er in der Verdingungs-Verhandlung vom 15. Dezember 1848 übernommen hat; — daß nach der mit den Akten vorgelegten Verfügung, beziehungsweise Information der Intervenientin vom 25. Oktober 1849 I III Nro. 6451 diese selbst einräumt, daß ihrer Seits bei jener Anweisung des Appellaten ein Irrthum begangen und demselben aufgegeben worden sei, in dem Privatsteinbruch des Appellanten die nöthigen Steine zu holen, indem man diesen mit einem andern Steinbruche, für welchen der Rechtsvorfahr des Appellanten unbestritten entschädigt worden war, um deswillen verwechselt haben soll, weil der Appellant, als früherer Unternehmer, im eignen Vortheil schon selbst aus dem jetzt streitigen Privat-Steinbruche anstatt aus dem Bruche, wofür Entschädigung geleistet worden, Steine geliefert hatte; — daß hiernach aber das stattgehabte Versehen weder vom Appellaten ausgegangen ist, noch als eine ihm persönlich zur Last fallende Handlung betrachtet werden kann, — daß er daher dafür auch nicht aufzukommen braucht; — daß ferner der Appellant gegen die Intervenientin keine Anträge genommen hat, daß dieselbe aber auch jedenfalls an anderer Stelle es zu rechtfertigen haben würde, wenn sie, ihrer eignen Erklärung zufolge, auch nur aus Irrthum die Angreifung des Privateigenthums ihren Beamten aufgegeben hat, ohne daß ein nach §. 19 des Ressortreglements dem Rekurs noch unterworfener Beschluß vorhergegangen und dem Betheiligten zugestellt worden ist, — daß endlich hiernach und zufolge des Art. 473 der B. P. O. sofort zur Hauptsache erkannt werden kann.

Aus diesen Gründen

Reformation des friedensrichterlichen Urtheils. — Competenz-Erklärung. — Abweisung der Klage als ungerechtfertigt.

Landgericht zu Elberfeld. Urtheil vom 16. Januar 1850.

Digitized by Google

Erbpacht unter dem neuern Rechte. — Dingliches Recht. — Zeitpacht. — Collision.

Ein Erbpachtvertrag kann zwar gültiger Weise auch unter Herrschaft des B. G. B. noch abgeschlossen werden; der Erbpächter erlangt aber dadurch kein dingliches Recht an dem in Erbpacht gegebenen Grundstücke.

Der Erbpächter, welcher sein Recht von demselben Eigenthümer herleitet, wie der Zeitpächter, kann daher, wenn dieser sich im Besitze befindet, nicht aus dem Grunde ein besseres Recht behaupten, weil sein älterer Titel der bessere sei.

Wilkens — Komp.

Die Eheleute Hermann Joseph Komp und Anna Maria Becker hatten durch Act vor Notar Schenk vom 29. April 1841 an den Ackerer Heinrich Komp ihr zu Pingsheim gelegenes Gut, Zehnthof genannt, auf 99 Jahre mit der Bestimmung in Erbpacht gegeben, daß dieses Erbpachtsverhältniß spätestens mit dem Tode des Letztlebenden der beiden Eheleute seinen Anfang nehmen sollte. Daß damit ein eigentliches getheiltes Eigenthum — nach den Begriffen des frühern Rechts — constituirt werden sollte, ergiebt sich unzweifelhaft aus einem Passus jenes Actes, wonach „den Eheleuten Komp, resp. deren Nachfolgern das directe Eigenthum verbleiben, dagegen dem Erbpächter der ganze Complexus von Rechten am Gute, den man unter dem nutzbaren Eigenthume begreift, eingeräumt werden sollte". — Ehe jedoch der Erbpächter Heinrich Komp in den Besitz des Gutes, resp. des Erbpachtsrechts getreten war, verpachtete der Erbverpächter Hermann Komp durch Act vor Notar Bendermacher vom 12 März 1846 zwei zu diesem Gute gehörige Parzellen, zusammen vier Morgen haltend, auf 12 Jahre an den Ackerer Wilkens, ohne dabei des früher abgeschlossenen Erbpachtvertrages Erwähnung zu thun. Wilkens trat sofort in die Benutzung dieser beiden Parzellen und befand sich in derselben, als im Jahre 1849 die Eheleute Hermann Komp bald nach einander verstarben. Jetzt setzte sich Heinrich Komp auf Grund des erwähnten Erbpachtsvertrages in den Besitz jener beiden Parzellen, indem er im October 1849 das bereits von Wilkens zur Aussaat präparirte Land besäete. Dieß veranlaßte den Letztern, den Komp bei dem Friedensgerichte zu Lechenich auf Zahlung eines Schadensersatzes von 40 Thlr. zu belangen. Der Friedensrichter erwog jedoch, daß der Vertrag des Verklagten Komp ein früheres Datum habe, als jener des Klägers Wilkens, daß er diesem daher vorgehe, daß mithin der Beklagte den Kläger mit Recht aus dem Genusse seiner Parzellen gesetzt, und Letzterer wegen eines ihm dadurch entstandenen Schadens sich einzig an die Erben seines Verpächters zu halten habe, — und wies daher die Klage ab.

Gegen dieses Urtheil legte Wilkens die Berufung zum Kgl. Landgerichte zu Köln ein, woselbst sein Anwalt, unter wiederholter Erbietung des Beweises über den zugefügten Schaden, auszuführen suchte, daß durch den Erbpachtvertrag, welchen zwar das alte Recht unbedingt und das intermediaire Recht noch in beschränktem Maaße zugelassen habe, unter der Herrschaft der jetzt geltenden Gesetzgebung ein dingliches Recht gar nicht mehr habe begründet werden können, daß es sich daher vorliegend von zwei Mobilarrechten handle, bei welchen im Collisionsfalle nicht die Priorität des Titels, sondern der Besitz entscheidend sei.

Digitized by Google

Das Landgericht erließ hierauf folgendes Urtheil:

J. E., daß Appellat nach Lage der Sache nur dann auf das frühere Datum seines Titels, dem Appellanten gegenüber, sich würde berufen können, wenn er durch diesen Titel ein dingliches Recht erworben hätte;

J. E., daß dem Appellanten durch den mit den Eheleuten Komp abgeschlossenen Vertrag vom 29. April 1841 das Erbpachtrecht an den fraglichen Grundstücken und der ganze Complexus von Rechten übertragen worden ist, welche man das nutzbare Eigenthum nennt, während die Eheleute Komp als Erbpächter das direkte Eigenthum sich vorbehielten;

J. E., was die Gültigkeit dieser Stipulation betrifft, daß es allerdings dem Eigenthümer unbenommen ist, die in dieser Eigenschaft ihnen zustehenden Rechte durch Vertrag beliebig auf dritte Personen zu übertragen, daß eine derartige Uebertragung aber mit dinglicher Wirkung nur in soweit erfolgen kann, als das Gesetz dies ausdrücklich gestattet;

J. E., daß das B. G. B. im Art. 543 die von ihm als dinglich anerkannten Rechte aufzählt, daß daher nach dem Einführungsgesetze vom 30. Vent. XII alle frühere auf diesen Gegenstand bezügliche Gesetze als abgeschafft zu betrachten sind;

J. E., daß der angeführte Art. 543 außer dem Eigenthum selbst nur des Nutzungsrechtes und der Grunddienstbarkeiten gedenkt, daß aber weder an dieser noch an irgend einer andern Stelle des B. G. B. von einem dinglichen Erbpachtrecht oder gar einem nutzbaren Eigenthum — im Gegensatz des direkten — auch nur andeutungsweise die Rede ist;

J. E., daß allein das Stillschweigen des Gesetzgebers gerade über derartige Rechtsinstitute schon zu der Annahme berechtigen würde, daß er die fernere Existenz derselben nicht gewollt habe, daß außerdem aber in den Diskussionen zu den Art. 543 und 530 des B. G. B. eine ausdrückliche und unzweideutige Bestätigung dieser Annahme zu finden ist;

Daß hiernach insbesondere unter dem im Art. 543 gebrauchten Ausdruck „droit de jouissance“ nicht das dingliche Erbpachtrecht als mitbegriffen zu betrachten, dieser Ausdruck vielmehr nur als eine generelle Bezeichnung der in dem 3. Tit. des 2. Buches abgehandelten Nutzungsrechte anzusehen ist;

J. E., endlich, daß nach Art. 2118 (Art. 526) des B. G. B. ein Erbpachtrecht „emphytéose“ nicht mehr, wie nach dem Gesetze vom 11. Brum. VII (Art. 6) Gegenstand einer Hypotheke sein kann, eine Bestimmung, für welche sich ein Grund nicht würde auffinden lassen, wenn es ein Erbpachtrecht im Sinne der früheren Gesetzgebung überhaupt noch geben könnte;

J. E., daß unter diesen Umständen der Vertrag vom 29. April 1841, insoweit dadurch auf den Appellaten ein dingliches Recht hat übertragen werden sollen, nicht als rechtsbeständig, Appellat vielmehr wie Appellant als ein einfacher Pächter anzusehen ist — daß Appellat daher zur Störung des von ihm zum Besitz gelangten Appellanten nicht befugt war, und daher verpflichtet ist, demselben den durch diese Störung verursachten Schaden zu ersetzen; daß demnach, ohne zuvorige Erörterung der außerdem etwa vorhandenen Garantiepflicht des Appellaten, auf den vom Appellanten erbotenen zulässigen und erheblichen Beweis zu erkennen ist;

Aus diesen Gründen

läßt das Kgl. Landgericht den Appellanten zum Beweise des behaupteten Schadens zu.

Landgericht zu Köln III. Kammer. Sitzung vom 15. Juni 1850.
Advokaten: Correns — Schoelgen u. Schenk.

Digitized by Google

de la Have

Digitized by Google